

Costituisce comportamento antisindacale la sostituzione di lavoratori in sciopero con altri dipendenti della medesima impresa, in violazione delle previsioni di cui all'art. 3, comma 13, d.lgs. n. 61/2000 e del contratto collettivo nazionale di lavoro in tema di lavoro supplementare nonché delle disposizioni contenute nelle norme del contratto collettivo aziendale circa la possibilità di stipulare contratti di lavoro a termine con lavoratori a tempo indeterminato dipendenti da altro datore di lavoro.

L'ipotesi «classica» della sostituzione dei lavoratori in sciopero tra fonti di disciplina e diritti costituzionali

Sommario: 1. I principi costituzionali e la fattispecie. – 2. La casistica e la *ratio* della decisione. – 3. Crumiraggio, parola antica ma significato attuale.

1. Nella trattazione manualistica degli aspetti giuridici attinenti allo sciopero manca raramente l'esemplificazione, quale condotta antisindacale, della sostituzione dei lavoratori in sciopero, tipico esempio nel quale viene leso, come noto, uno dei beni protetti dalla norma citata: il diritto di sciopero appunto (per tutti F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Diritto del lavoro. Vol. I, Il diritto sindacale*, Utet, Torino, 2004, 263; sulla centralità, invece, della questione in oggetto, vedi R. FLAMMIA, *Osservazioni sul comportamento antisindacale ex art. 28, l. 20 maggio 1970, n. 300, dei datori di lavoro privati e pubblici con riferimento all'esercizio del diritto di sciopero*, in *MGL*, 1994, 450 ss., che si sofferma in particolare sulla nozione di illiceità rilevante nella specie). E tuttavia tali puntuali aspetti non hanno successivamente incontrato l'attenzione e l'approfondimento della dottrina. Le discussioni intorno ai confini del diritto di sciopero, soprattutto di fronte a diritti ugualmente garantiti a livello costituzionale, hanno infatti trovato solo parziale soluzione con le l. n. 146/1990 e quindi n. 83/2000; solo parziale perché, come noto, il diritto di sciopero o forse meglio *i diritti* di sciopero propongono all'attenzione nuove ed ancor più inquietanti problematiche (A. PILATI, *I diritti di sciopero*, Cedam, Padova, 2004).

La sentenza in commento affronta dunque esattamente il, forse tralatizio ma sempre attuale, tema del confronto fra diritto di sciopero e «altri» diritti costituzionali, con particolare riguardo ad una fattispecie nella quale vengono in gioco, oltre al rapporto tra i diritti costituzionalmente garantiti di cui agli artt. 40 e 41 Cost. (diritto di sciopero e di libera iniziativa economica), anche quello tra le diverse fonti che, a diverso titolo e con diverso impatto, regolamentano gli istituti coinvolti, in particolare l'orario di lavoro e la possibilità di assumere lavoratori a tempo determinato, nonché la loro collocazione nella organizzazione aziendale.

In effetti, la società ricorrente, già soccombente nei precedenti gradi di giudizio, cerca di collegare le proprie richieste a specifici dati normativi, sia di legge che di contratto collettivo, ravvisati nelle previsioni per le quali da un lato il datore di lavoro può avvalersi, in caso di «brevi necessità di intensificazione dell'attività lavorativa», del lavoro supplementare (art. 3, comma 13, sull'ultra vigenza degli accordi collettivi in tema di part-time e quindi art. 53 del Ccnl 20 settembre 1999); dall'altro può assumere con contratti a tempo determinato e parziale, per lo svolgimento di 8 ore settimanali e con prestazioni di 4 ore al sabato e alla domenica (c.d. contratti *week-end*: accordo aziendale 28 febbraio 2001).

A tale stregua il giudicante, dopo aver ribadito la necessità di bilanciare, come di regola, diritto di sciopero e altri diritti di rango costituzionale, sottolinea come la libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost. non possa non essere estesa al «diritto del datore di esercitarla) e di attenuare gli effetti dello sciopero». Così facendo si impongono recipro-

ci limitazione e condizionamento tra i diritti citati, all'esito dei quali viene riconosciuta una «legittima antitesi» tra i medesimi e dunque un punto oltre il quale, in particolare, il diritto di iniziativa economica diviene illegittimo e foriero di conseguenze sul piano dell'art. 28 Stat. lav.

2. La decisione in commento si colloca nell'alveo dei pochi, di recente quasi rari, casi giurisprudenziali in materia di condotta antisindacale (*contra* tuttavia con riguardo ai precedenti giurisprudenziali in genere sull'art. 28 Stat. lav., F. SANTONI, *Lo sciopero*, Jovene, Napoli, 1999, 86; per la sola trattazione specifica della tematica vedi inoltre F. DE FALCO, *Esercizio del diritto di sciopero, neutralizzazione degli effetti e condotta antisindacale*, in *RIDL*, 1992, I, 331 ss.). Sebbene l'art. 28 Stat. lav. sia stato a ragione qualificato come una norma di portata storica, nell'ambito delle relazioni collettive e di lavoro dell'epoca (per tutti T. TREU, *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, F. Angeli, Milano, 1974; U. ROMAGNOLI, *Commento sub art. 28*, in G. GHEZZI, F. MANCINI, L. MONTUSCHI, U. ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1972), esso è invece stato utilizzato, successivamente, con una certa parsimonia dagli attori sindacali, che hanno spesso preferito spostare sul piano della negoziazione il conflitto in essere. E tuttavia, non sono mancate rilevanti questioni poste in giudizio e discusse in dottrina; tra queste anche quella, qui in rilievo, del rapporto tra diritto di sciopero e diritto di iniziativa economica (vedi, ad esempio, solo alcuni cenni in A. COLONNA, *Volontà del datore di lavoro e condotta antisindacale*, Cedam, Padova, 1999; e, più di recente e ampiamente, F. COLLIA, F. ROTONDI, *Il comportamento antisindacale*, Cedam, Padova, 2004, spec. 152 ss.).

Invero, la scarsa giurisprudenza di merito aveva ritenuto, sul punto, escluso dal novero delle condotte antisindacali «il comportamento del datore di lavoro il quale, a fronte dello sciopero di alcuni dipendenti, si avvalga dei suoi poteri organizzativi e gestionali sostituendo gli scioperanti per evitare la paralisi della produzione» (Trib. Milano 30 gennaio 1999, in *LG*, 1999, I, 483; sulla stessa linea, già Pret. Milano 15 gennaio 1992, in *RIDL*, 1993, II, 99, con nota di O. BONARDI, che chiarisce come la sostituzione dei lavoratori in sciopero «attuata allo scopo di limitare i danni causati dalla astensione collettiva dal lavoro, non è mai illecita a causa di questa sua – esclusiva, aggiungiamo noi – finalità»; cfr. anche Cass. 16 novembre 1987 n. 8401 e Cass. 13 marzo 1986 n. 1701, in *GC*, 1986, I, 1909, con nota di M. ANDREUCCI; e già, per un caso di scuola, Pret. Roma 2 marzo 1994, in *Diritto e pratica dell'aviazione civile*, 1995, 373, sul legittimo affidamento di voli ad altre compagnie da parte di Alitalia; Cass. 29 novembre 1991 n. 12822, in *RIDL*, 1992, II, 518, con nota di C. CORSINOVI; quanto all'influenza della concreta sostituzione dei lavoratori ai fini della competenza territoriale *ex* art. 28 Stat. lav., sempre ricondotta al luogo di ubicazione dell'impianto o azienda, vedi chiaramente Cass. 26 marzo 1993 n. 3622, in *MGL*, 1993, 392; sottolinea da ultimo come il problema centrale sia quello dell'individuazione dei limiti entro i quali la condotta datoriale corrisponda ad un legittimo esercizio di poteri gestionali ed organizzativi incensurabile *ex* art. 28 Stat. lav., P. POZZAGLIA, *Diritto di sciopero e crumiraggio* (nota a Cass. 4 luglio 2002 n. 9709), in *DL*, 2002, II, 595, e ivi ulteriori riferimenti).

In verità essa si è pronunciata di regola su ipotesi solo «attigue» a quella qui risolta dal giudice di legittimità: così si è ritenuto che la libertà di iniziativa economica incontri un doppio limite, quello dato dalla mancata violazione di norme di legge e quello costituito dalla necessità che i comportamenti datoriali non limitino, anche solo oggettivamente, la libertà sindacale e il diritto di sciopero (cfr., in tal senso, tra alcune decisioni di merito, Trib. Venezia 7 luglio 2002, in *RGL*, 2003, II, 384, con riguardo alla adibizione a mansioni inferiori dei sostituti, contrariamente a quanto disposto dall'art. 2103 c.c.; ma in senso opposto, nell'orientamento senz'altro maggioritario, vedi Cass. 4 luglio 2002 n.

9709, in *DL*, 2002, II, 588, e in *RIDL*, 2003, II, 3; nonché in dottrina, relativamente a un caso di spontanea collaborazione dei lavoratori ad un demansionamento per così dire «mirato» alla sostituzione, G. PERA, *Diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2001, 240; a meno che il mutamento in *pejus* di mansioni non sia temporaneo e collegato a straordinarie esigenze dell'impresa: Cass. 8 luglio 1987 n. 5963, in *MGC*, 1987, e ivi, 2001, 1160, anche Cass. 8 luglio 2001 n. 7821, sul presupposto che i compiti inferiori siano marginali rispetto a quelli propri del livello del lavoratore).

Si è ritenuto altresì lesivo dei beni protetti dall'art. 28 Stat. lav. l'utilizzo dei lavoratori «temporanei» per la sostituzione di lavoratori in sciopero, in quanto ipotesi specificamente vietata dalla stessa l. n. 196/1997 (Trib. Voghera 2 marzo 2002, in *OGL*, 2003, II, 8). E sempre con riguardo ai c.d. collegamenti tra imprese (sui quali per tutti, M.T. CARINCI, *La somministrazione di lavoro altrui*, in M.T. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, Ipsoa, Milano, 2004; R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, ES, Napoli, 2004) si è anche valutata, negativamente, la diversa ipotesi nella quale il datore giunge a sostituire lavoratori dell'impresa appaltatrice in sciopero con propri lavoratori (Trib. Milano 16 febbraio 2002, in *RCDL*, 2002, 325).

A soluzioni diverse è giunta invece altra parte della giurisprudenza di merito, secondo la quale, come accennato sopra, il datore di lavoro può fruire di ogni mezzo *legale* (Cass. 4 luglio 2002 n. 9709, su cui vedi anche *infra*, in *RIDL*, 2003, II, 3, con nota di F. FOCARETA) che, senza impedire l'esercizio del diritto di sciopero, ne eviti o ne attenui gli effetti negativi, tra i quali rientra il ricorso all'impiego di personale non scioperante per ovviare alla mancata prestazione del personale in sciopero (Pret. Cagliari 3 giugno 1999, in *Rivista giuridica sarda*, 2000, 503, con nota di F. BANO; con riguardo al settore scolastico, vedi, altresì, TAR Lazio, sez. III, 2 dicembre 1989 n. 2075, in *TAR*, 1990, con la quale si è legittimato, diremo ovviamente, visto il diverso contesto normativo, il ricorso al personale vicario in luogo dei presidi in sciopero; ma sul punto, vedi anche Cass. 29 novembre 1992 n. 12822, in *MGL*, 1993, 16, con nota di B. BRATTOLI, *La sostituzione dei lavoratori in sciopero e la giurisprudenza della Suprema Corte*, che ritiene non antisindacale la nomina, da parte del Ministero dell'istruzione e del Provveditorato agli studi, di sostituti dei docenti scioperanti con altri docenti non scioperanti o con supplenti). Altre volte, tuttavia, la mera assunzione di personale a tempo determinato al fine di sostituire i lavoratori aderenti ad una proclamata agitazione sindacale è stata al contrario valutata negativamente (Pret. Roma 15 luglio 1998, in *RGL*, 1999, II, 326, con nota di P. SANDULLI).

Ancora diversamente, poi, debbono considerarsi – e sono state giudicate in tempi non recenti (Trib. Roma 6 marzo 1991, in *FI*, 1993, I, 262) – le ipotesi nelle quali il datore di lavoro raggiunge l'obiettivo della mancata astensione lavorativa sia attraverso la violenza e la minaccia nei confronti dei lavoratori aderenti allo sciopero, sia mediante la sostituzione dei lavoratori scioperanti.

Quanto all'utilizzazione, al fine di fronteggiare utilmente le iniziative sindacali di sciopero, di prestazioni rese in regime di straordinario oltre le previsioni di legge – argomento questo che si ricollega alla fattispecie *de qua* nella quale si ricorre invece all'istituto del lavoro supplementare dei *part-timers* –, basti segnalarsi come la giurisprudenza sul punto si sia espressa per il rispetto dei limiti legali, altrimenti ponendosi i presupposti per ravvisarsi una condotta antisindacale (Pret. Milano 24 luglio 1990, in *OGL*, 1990, 40).

3. L'istituto che, forse non sempre propriamente, viene richiamato a proposito del tema qui affrontato è quello del c.d. *crumiraggio*. Con tale termine si è inteso, in tempi non recenti, lo svolgimento dell'attività lavorativa da parte di lavoratori non partecipanti allo sciopero medesimo nell'impresa; una attività che, da un certo punto di vista, veniva riguardata come «odiosa» dai lavoratori in sciopero e forse ancor più dalle organizzazioni sindacali proclamanti l'astensione (vedi per tutti già M. MISCIONE, *Valutazione giuridica*

del *crumiraggio* nello Statuto dei lavoratori, in *Bollettino della scuola di perfezionamento e di specializzazione in diritto del Lavoro e in organizzazione aziendale*, 1972, n. 52-53; ma anche F. GUIDOTTI, voce *Crumiraggio*, in *Enc dir*, 1962, vol. XI, 436 ss.).

Ebbene non deve stupire se questa parola, e soprattutto il comportamento fattuale che essa sottende, risulta ancor oggi di estrema attualità, sia per l'evoluzione del concetto stesso di sciopero, sia per la sempre più pressante esigenza imprenditoriale di limitare gli effetti, se non evitarli del tutto, dei fenomeni di conflitto con la controparte sindacale ed i lavoratori rappresentati. È proprio su questo piano che si dipana la tematica in oggetto, e che la giurisprudenza, come già visto, si è soffermata al fine precipuo di contemperare gli interessi in conflitto. In proposito è possibile anche ricordare, perché la questione non sembra estranea alla fattispecie in esame, la consueta distinzione tra *crumiraggio* c.d. diretto ed indiretto; questo ultimo distinto a sua volta in interno ed esterno (di recente P. POZZAGLIA, *op. cit.*, 591). A seconda cioè che la prestazione non svolta a causa di uno sciopero sia poi concretamente attuata da lavoratori della stessa impresa ovvero da lavoratori di impresa diversa o appositamente assunti.

Sul primo tipo di *crumiraggio*, come noto, la dottrina non ha avuto eccessivi dubbi nel qualificarlo come legittimo: la libertà sindacale negativa e lo stesso diritto di sciopero garantiscono infatti il lavoratore rispetto all'obbligo (non sussistente) di aderire ad una astensione dal lavoro, pure proclamata dalla organizzazione sindacale di appartenenza (cfr. P. CAMPANELLA, *Gli effetti dello sciopero*, in M. MISCIONE (a cura di), *Diritto del lavoro*, in F. CARINCI (diretto da), *Commentario*, Utet, Torino, 1998, I, 582 ss.; in via minoritaria, sul significato in proposito dell'art. 4 Cost., V. SIMI, *Il diritto di sciopero*, Giuffrè, Milano, 1956; e altresì G.F. MANCINI, *Sub art. 4*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Roma-Bologna, 1975, 273). Sul secondo tipo, ed in particolare sulla versione «esterna», il dibattito è assai più complesso, non coinvolgendo solo il rapporto tra singolo ed organizzazione sindacale, ma anche quello tra associazione sindacale e datore di lavoro, sino all'ipotesi di configurare un comportamento sanzionabile ex art. 28 Stat. lav., come avvenuto nella specie (per più ampi riferimenti giurisprudenziali vedi P. POZZAGLIA, *op. cit.*, spec. nota 5 ss.); d'altro canto la stessa Corte Costituzionale ha chiaramente e a più riprese legittimato il *crumiraggio* indiretto interno (C. Cost. 23 luglio 1980 n. 125, in *FI*, 1980, I, 2369).

Invero, anche sulla scorta della migliore dottrina (R. SCOGNAMIGLIO, *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, F. Angeli, Milano, 1978; T. TREU, *op. cit.*, 120 ss.; U. NATOLI, *Ancora la Corte di Cassazione in materia di sciopero*, in *RGL*, 1988, II, 64; V. PINTO, voce *Sciopero*, in *DDPComm*, 1996, XIII; più di recente, F. BALESTRIERI, *Sostituzione dei lavoratori in sciopero e condotta antisindacale*, in *ADL*, 1997, n. 6, 150), non è possibile negare che l'ordinamento, in particolare a livello costituzionale, tuteli il diritto di sciopero piuttosto che i suoi effetti, come appare evidente anche ad una sola lettura dell'art. 40 Cost. Se così è – risulta facile corollario – il datore di lavoro potrebbe cercare nei modi legittimi di contenere gli effetti dannosi dello sciopero, ma giammai di impedire ai lavoratori di scioperare; e si potrebbe distinguere così tra atti di neutralizzazione ed atti impeditivi (F. DE FALCO, *op. cit.*, 331 ss.).

Più difficile, come detto, appare il discorso intorno al c.d. *crumiraggio* indiretto esterno, ovvero quello svolto mediante l'utilizzo di lavoratori esterni all'impresa, per il quale deve anzitutto segnalarsi come sia intervenuto lo stesso legislatore a regolare taluni aspetti della questione. Invero, l'art. 1, comma 4, lett. b), della l. n. 196/1997 e l'art. 3, comma 1 lett. a), del d.lgs. n. 368/2001 hanno vietato l'adibizione di lavoratori assunti con contratto di lavoro temporaneo ovvero di somministrazione nonché con contratto a tempo determinato ai fini della sostituzione di lavoratori in sciopero; un caso, quest'ultimo, che peraltro era già stato sindacato negativamente sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza precedenti alla riforma del 2001.

In ogni caso la dottrina ha fatto correttamente notare come le disposizioni di legge debbano essere interpretate anche alla luce, diremo costituzionale, della valutazione dello sciopero in termini di legittimità ovvero illegittimità; in altre parole risulterebbe a tale stregua legittimo il ricorso ad assunzioni a tempo determinato laddove si tratti di rispondere ad uno sciopero illegittimo o in caso di pericolo di lesione di diritti fondamentali (M. TIRABOSCHI, *La legalizzazione del lavoro interinale tramite agenzia nell'ordinamento giuridico italiano. Prime riflessioni sulla legge n. 196/1997*, in *DLRI*, n. 3, 52; *contra* O. BONARDI, *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, F. Angeli, Milano, 2001, 229). E'altra, autorevole, dottrina ha recisamente ritenuto legittimo il crumiraggio esterno con lavoratori assunti a tempo determinato in caso di scioperi illegittimi (A. VALLEBONA, C. PISANI, *Il nuovo lavoro a termine*, Cedam, Padova, 2001, 32; sulla possibilità, sostanzialmente esclusa, di utilizzo per il c.d. crumiraggio esterno di collaboratori e addirittura di imprese esterne del medesimo settore, vedi ancora P. POZZAGLIA, *op. cit.*, 600, nonché i diversi progetti di legge in materia di lavoro atipico nei quali, non a caso, viene puntualmente vietato il ricorso a contratti di collaborazione per una durata inferiore ad un dato periodo). Solo poche, necessariamente, battute intorno ad un tema in qualche modo vicino a quello qui brevemente affrontato. Si tratta della possibilità sostanzialmente offerta, ai datori di lavoro esercenti servizi pubblici, dall'ordinamento giuslavoristico, di «comandare» alcuni dipendenti a svolgere la propria prestazione lavorativa nonostante lo svolgimento di una astensione dal lavoro e la loro (astratta) partecipazione allo sciopero medesimo. La materia, come noto, ha trovato una sola parziale disciplina nelle l. n. 146/1990 e quindi n. 83/2000, le quali hanno dettato una regolamentazione dell'esercizio dello sciopero nell'ambito dei c.d. servizi pubblici al consueto fine di contemperare il diritto di sciopero con i diritti, nello specifico, della persona costituzionalmente garantiti. Ebbene, tale non modesta disciplina (sulla quale di recente A. PILATI, *op. cit.*; e già P. PASCUCCI, *L'esercizio del diritto di sciopero nei servizi essenziali: una prima ricognizione*, in *DLRI*, 1993, 370 ss.; sullo specifico aspetto delle «comandate» vedi tra gli altri M.T. CARINCI, *Il potere di comandata prima e dopo la l. n. 83/2000*, nota a Cass. 15 marzo 2001 n. 3785, in *LG*, 2001, n. 5, 535, 544), è stata variamente interpretata dalla dottrina e dalla giurisprudenza proprio sul punto della sua (mancata) previsione espressa del potere di comandata, utilizzato spesso dalle imprese quale sostituto funzionale dei citati strumenti di riduzione degli effetti dello sciopero. Va ad onor del vero rilevato che la quasi unanime giurisprudenza, specie della Cassazione, è chiara nel riconoscere, nonostante le lacune legislative, il potere di comandata in capo al datore di lavoro; potere raramente negato per far posto, al contrario, alle scelte compiute nell'ambito della contrattazione collettiva. Così, al di là di un dibattito che ha perso di attualità a seguito dell'introduzione della c.d. «provvisoria regolamentazione» della Commissione di garanzia (M.T. CARINCI, *Il potere di comandata prima e dopo la l. n. 83/2000*, cit., 545), quel che conta è che, proprio perchè inscindibilmente legata alla suddetta proposta della Commissione di garanzia, l'eventuale determinazione del datore di lavoro sulle prestazioni da rendersi comunque in presenza di uno sciopero difficilmente risulterà riconducibile ad una condotta antisindacale nel momento in cui essa risulta conforme alla «provvisoria regolamentazione». Si è detto, più precisamente, che tale determinazione – ovvero il «vecchio» potere di comandata alla luce delle nuove regole – costituisce una *facoltà*, un *potere*, soprattutto un *potere-dovere* (M.T. CARINCI, *op. ult. cit.*, 547, e ivi ulteriori riferimenti), ma quel che è certo, ci pare, è che in questi ambiti, diversi da quelli tipici del settore privato e, aggiungiamo noi, prevalentemente industriale, il rapporto tra poteri (o contropoteri: su questo interessante aspetto vedi G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 1991, 12, e R. FLAMMIA, *op. cit.*, 452) del datore di lavoro e diritto di sciopero perde necessariamente di rilievo.

Gaetano Zilio Grandi

Professore associato di Diritto del lavoro – Università Ca' Foscari di Venezia