



La repressione della condotta antisindacale

DI CINZIA DE MARCO

Abstract - *The legal protection of freedom of association, of trade union activity inside company, of the strike, is achieved as widely as and with the greatest effectiveness in art. 28 of the “Statuto dei lavoratori”. It introduced, in our legal system, a special and innovative procedure. Over the years, a gradual decline in the use of the procedure under art. 28 took place, such as opening up alternative forms of protection- through recourse to the ordinary for the repression of anti-union conduct. However, today, in presence both of a major economic crisis (and its effects in terms of employment) and, in particular, with a red-hot climate of industrial relations (resulting from the failure of trade union unity), there is being a real rediscovery of that instrument. So, it might be the risk that the courts - in cases brought by dissenting union, respect to recent development in the structure of collective bargaining, lead to solutions together exactly the opposite. This article aims to analyse the institute and its recent applications in cases law.*

Resumé. *L'article 28 du Statut des Travailleurs, et surtout la particulière procédure établie par l'art. 28 même, protègent la liberté, l'activité syndicale dans l'entreprise et le droit de grève. Au fil des années l'on a toujours moins fait appel à l'art. 28; par conséquent, au but de protéger l'action syndicale, l'on a fait recours à l'action ordonnaire. Toutefois aujourd'hui, la grave crise économique et le chômage que cette situation a entraîné, a fait revenir à la mode l'utilisation de cet instrument juridique. Mais cela comporte le risque de parvenir à solutions jurisprudentielles controverses. Ce travail-ci pose son but dans l'analyse de cet institut juridique et de ses actuelles applications par la jurisprudence.*

Resumen - *La protección legislativa de la libertad sindical, de la actividad sindical en la empresa y del derecho de huelga se lleva a cabo en el modo más amplio y con la máxima efectividad en el art. 28 del Estatuto de los Trabajadores, con el que se ha introducido en nuestro ordenamiento un especial e innovador procedimiento. En el curso de los años ha habido una gradual disminución del recurso al procedimiento establecido por el art. 28, con la consiguiente apertura hacia formas alternativas de tutela a través del recurso a la acción ordinaria para la represión de la conducta antisindical. Sin embargo, hoy, en presencia de una relevante crisis económica y de sus efectos en términos de ocupación, y, sobre todo, de un tenso clima de relaciones industriales derivado de la ruptura de la unidad sindical, se asiste a un verdadero y auténtico redescubrimiento de dicho instrumento, con el riesgo de que los jueces en las causas impulsadas por el sindicato disconforme con respecto de las recientes evoluciones de la estructura de la negociación colectiva, lleguen a soluciones entre ellos completamente divergentes. El presente artículo se propone realizar un análisis de la institución y de sus recientes aplicaciones en el ámbito jurisprudencial.*

Riassunto - *La protezione legislativa della libertà, dell'attività sindacale in azienda e del diritto di sciopero si realizza nel modo più ampio, e con la massima effettività nell'art. 28 dello Statuto dei lavoratori con cui si è introdotta nel nostro ordinamento una speciale e innovativa procedura. Nel corso degli anni c'è stata una graduale diminuzione del ricorso al procedimento ex art. 28, con conseguente apertura verso forme alternative di tutela attraverso il ricorso all'azione ordinaria per la repressione della condotta antisindacale. Tuttavia, oggi, in presenza di una rilevante crisi economica e dei suoi effetti in termini di occupazione, e soprattutto di un arroventato clima di relazioni industriali derivante dalla rottura dell'unità sindacale, si assiste ad una vera e propria riscoperta di tale strumento con il rischio che i giudici nelle cause instaurate dal sindacato dissenziente rispetto alle recenti evoluzioni della struttura della contrattazione collettiva pervengano a soluzioni fra loro del tutto divergenti. Il presente articolo di propone di effettuare un'analisi dell'istituto e delle sue recenti applicazioni in ambito giurisprudenziale*

Sommario – 1. L'impianto normativo e la centralità della funzione. Questioni di costituzionalità. – 2. La fattispecie. – 3. L'intenzionalità del datore di lavoro come elemento qualificante o meno della fattispecie. – 4. L'attualità della condotta. – 5. Condotta antisindacale e comportamenti lesivi di singoli individui. La c.d. plurioffensività. – 6. I comportamenti diretti a limitare e/o ostacolare la libertà e/o l'attività sindacale. – 7. I comportamenti diretti a limitare e/o ostacolare l'esercizio del diritto di sciopero. – 8. Il procedimento. La legittimazione ad agire. – 9. (segue) L'interesse ad agire. – 10. (segue) La legittimazione passiva. – 11. (segue) La fase sommaria. 12. (segue) Il provvedimento del giudice. – 13. Il giudizio di opposizione. – 14. Le sanzioni previste per l'inosservanza dell'ordine del giudice. – 15. Condotta antisindacale e pubbliche amministrazioni.

1. L'IMPIANTO NORMATIVO E LA CENTRALITÀ DELLA FUNZIONE. QUESTIONI DI COSTITUZIONALITÀ

Con l'emanazione dell'art. 28 si è introdotta nel nostro ordinamento una speciale e innovativa procedura destinata a rendere effettivo il principio di libertà sindacale e indirettamente tutte le posizioni giuridiche attive dei prestatori di lavoro inserite nello Statuto dei Lavoratori¹ e, per questo motivo, la norma è considerata la « chiave di volta » per garantire la credibilità dei principi e delle statuizioni ivi contenute².

Già la stessa collocazione dell'art. 28 nell'ambito delle disposizioni varie e generali racchiuse nel titolo IV dello statuto che *prima facie* potrebbe sembrare incongrua poiché la norma, sia per la sua rubrica sia per il suo contenuto, in linea generale si riferisce alla tutela della libertà e delle attività sindacali, in verità sembra proprio indicare la volontà del legislatore di attribuire un ruolo centrale nell'ambito dello statuto ad una disciplina che costituisca per i sindacati l'egida sotto la quale

¹ Cfr. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Bari, 2001, 112.

² Cfr. GHEZZI, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in *NN.D.I.*, XVIII, Torino, 1971 410.

potersi organizzare ed agire per tutelare gli interessi dei lavoratori che rappresentano³.

La portata dirompente della norma, dal contenuto sostanziale e processuale insieme, fu subito percepita da dottrina e giurisprudenza e venne individuata sia nel riconoscimento della legittimazione attiva attribuito per la prima volta alle organizzazioni sindacali che fino a quel momento avevano visto negato il diritto di azione⁴, sia nell'aver introdotto la mediazione giudiziaria quale strumento di intervento nel sistema di relazioni industriali⁵, sia nelle peculiarità della procedura *ad hoc* istituita caratterizzata da quei principi di celerità, concentrazione, immediatezza ed efficienza esecutiva che sarebbero diventati, qualche anno dopo, gli elementi distintivi del “nuovo” rito predisposto per le controversie di lavoro dalla l. n. 533/1973. Caratteristiche che, pertanto, da un lato giustificano la particolare diffusione dello strumento negli anni immediatamente seguenti alla sua comparsa nel panorama legislativo e, dall'altro lato, rappresentano, al contempo, le ragioni del suo progressivo depotenziamento a partire dalla seconda metà degli anni '80.

Ed infatti tra le ragioni che hanno determinato la graduale diminuzione del ricorso al procedimento *ex art.* 28 va, innanzitutto messa in evidenza la “de-sommarizzazione”⁶ che ha investito l'istituto modellandolo secondo le forme del rito ordinario del lavoro, nonché l'apertura verso forme alternative di tutela con il ricorso all'azione ordinaria per la repressione della condotta antisindacale⁷. A ciò vanno aggiunte le considerazioni del sindacato secondo le quali da un lato il ricorso al giudice per la repressione della condotta antisindacale avrebbe di per sé rappresentato un'implicita ammissione della propria debolezza politica ed organizzativa sui luoghi di lavoro⁸ e, dall'altro, l'avrebbe esposto all'alea dell'esito del processo che

³ Cfr. SCOGNAMIGLIO, *Condotta antisindacale*, I) Disciplina sostanziale, in *Enc. Giur. Treccani*, VIII, Roma, 1988, I.

⁴ Cass. S.U. 27.5.1955 n. 1612 in GI, 1956, I, 1, c. 427; Cass. 30.4.1954 n. 1338 in *Mass. giur. lav.*, 1954, 196.

⁵ Cfr. GAROFALO M.G. *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, Napoli, 1979, 2.

⁶ Cfr. SILVESTRI, TARUFFO, *Condotta antisindacale*, II) Procedimento di repressione della condotta antisindacale, in *Enc. Giur. Treccani*, VIII, Roma, 1988, 2.

⁷ Cfr. Cass 16.6.1987 n. 309, in *Giust. civ. mass.*, 1987, *fasc.1*; P. Milano 21.5.1986 in *Lavoro e prev. oggi*, 1986, 1545.

⁸ Cfr. ROMAGNOLI, *Una nuova politica giudiziaria*, in *Politica del diritto*, 1972, 3-4, 363; TREU, *Sindacato e magistratura nei conflitti di lavoro*, I. *L'uso politico dello Statuto dei lavoratori*, Bologna, 1975, 159.

se negativo poteva comportare anche pesanti conseguenze economiche⁹. Sulla scelta del non uso dello strumento processuale dunque ha inciso “il rischio del sindacato di subire effetti negativi sulla propria posizione e stabilità come organizzazione”¹⁰. Tuttavia va registrata un’inversione di tendenza negli ultimi anni, a causa, per un verso, della debolezza del sindacato quale controparte nei confronti del potere datoriale nella gestione delle sempre più frequenti crisi economico-occupazionali, e, per altro verso, della rottura del patto di unità d’azione tra le confederazioni maggiormente rappresentative, che ha spinto l’organizzazione sindacale non firmataria del contratto collettivo ad utilizzare lo strumento processuale a tutela della libertà contrattuale e della costituzione di una propria rappresentanza sindacale aziendale.

Il procedimento fortemente innovativo introdotto con l’art. 28, e, in particolare la riserva della legittimazione attiva a favore delle organizzazioni sindacali, ha immediatamente sollevato delle perplessità di ordine costituzionale, in riferimento al principio di uguaglianza correlato all’art. 39 Cost.¹¹. Dubbi respinti dalla Corte Costituzionale che con sentenza 6 marzo 1974 n. 54¹² ha ritenuto razionale e ragionevole la selezione degli organismi legittimati ad azionare lo speciale procedimento nelle organizzazioni sindacali aventi struttura nazionale in quanto organizzazioni più “responsabili”. Non è mancato, tuttavia, chi ha intravisto nell’intervento della Corte Costituzionale un tentativo di arginare il numero dei ricorsi, posto che era forte la persuasione che “se qualunque formazione sindacale potesse avvalersi dell’art. 28, le aziende sarebbero travolte da una valanga di ricorsi”¹³. Soluzione, comunque, da questo punto di vista, non efficace considerato che i soggetti ai quali era stata preclusa la possibilità di avvalersi del procedimento speciale hanno abbondantemente utilizzato il procedimento d’urgenza previsto dall’art. 700 cod. proc. civ.¹⁴

⁹ Cfr. PAPALEONI, *Repressione della condotta antisindacale*, in *Digesto IV*, Sez. Comm., XII, Torino, 1996, 346.

¹⁰ TREU, *Sindacato e magistratura nei conflitti di lavoro*, 1. *L’uso politico dello Statuto dei lavoratori*, cit., 160.

¹¹ Cfr. TREU, *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, Milano, 1974, 29.

¹² In *Foro it.*, 1974, I, 9633; *Giust. civ.*, 1974, 589, con nota di GIUGNI, *La rappresentatività delle associazioni sindacali nello Statuto dei lavoratori*.

¹³ GHEZZI, ROMAGNOLI, *Il diritto sindacale*, Bologna, 1997, 274.

¹⁴ BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, Torino, 2004, 188.

Sulla questione della legittimazione attiva, la Corte è nuovamente intervenuta con le sentenze 24 marzo 1988 n. 334¹⁵ e 17 marzo 1995 n. 89¹⁶ con cui ha definitivamente preclusa ogni possibile interpretazione estensiva a favore del ricorso al procedimento ex art. 28 da parte di soggetti diversi (singoli lavoratori o sindacati territorialmente limitati) dagli «organismi locali delle associazioni nazionali».

In particolare nella sentenza più recente la Corte dopo avere riaffermato che il procedimento di repressione della condotta antisindacale si aggiunge alle tutele già assicurate alle associazioni sindacali, e rappresenta un mezzo ulteriore per garantire in modo particolarmente rapido ed efficace i diritti del sindacato, ha ribadito che la scelta del legislatore di riservare la legittimazione attiva a determinati soggetti collettivi risulta coerente con i criteri per individuare la maggiore rappresentatività degli stessi, affermando in particolare che «la concezione che assume la dimensione organizzativa nazionale come indice di adeguato livello di rappresentatività è apparsa idonea a consentire la selezione, tra i tanti possibili, dell'interesse collettivo rilevante da porre a base del conflitto con la parte imprenditoriale».

La Corte è altresì intervenuta, con l'ordinanza n. 860 del 1988¹⁷, in riferimento al profilo dell'eventuale «contrasto pratico di giudicati» in relazione a casi di pluri-offensività della condotta. Eventualità radicalmente esclusa dalla Corte per cui «l'azione speciale ex art. 28 Statuto dei lavoratori e l'azione individuale, pur diretta a reprimere una medesima condotta del datore di lavoro, restano azioni del tutto distinte ed autonome in ragione della diversità dei soggetti legittimati a proporle, della diversità degli interessi tutelati (interessi collettivi sindacali l'una e diritti individuali l'altra) e della diversità dei profili di illiceità della condotta».

2. LA FATTISPECIE

Il legislatore, al 1° comma dell'art. 28, definisce come condotta antisindacale del datore di lavoro i «comportamenti diretti ad impedire o limitare l'esercizio della libertà e dell'attività sindacale nonché del diritto di sciopero». È pacifica in dottrina

¹⁵ In *Foro it.*, 1988, I, 1774, con nota di CERRI, *Una risposta disattenta della corte sul requisito del carattere nazionale del sindacato per la legittimazione al ricorso ai sensi dell'art. 28 del c.d. «statuto dei lavoratori»*; *Mass giur. lav.* 1988, 189, con nota di PESSI, *«Promozione» delle confederazioni maggiormente rappresentative e «coerenza» al disegno costituzionale*.

¹⁶ In *Foro it.*, 1995, I, 1735.

¹⁷ In *Foro it.*, 1989, I, 623.

l'impostazione teleologica e non analitica della norma¹⁸. Essa, infatti, individua il comportamento illegittimo non in base a caratteristiche strutturali ma alla sua idoneità a ledere i beni protetti¹⁹.

La costruzione della norma, pertanto, risulta atipica e volutamente indeterminata²⁰, e frutto della consapevolezza del legislatore che una aprioristica tipizzazione delle caratteristiche strutturali della fattispecie non avrebbe potuto racchiudere tutte le svariate modalità con le quali nelle realtà dei conflitti aziendali possono essere lesi i beni da tutelare.

La mancanza di tipicità della condotta antisindacale è stata messa in evidenza anche in giurisprudenza affermandosi che « l'art. 28 Stat. Lav. nell'attribuire al giudice civile il potere di ordinare la cessazione e la rimozione degli effetti del comportamento del datore di lavoro diretto ad impedire o limitare l'attività sindacale, pone una fattispecie tipizzata solo dal punto di vista dei beni protetti, ma non anche da quello dei comportamenti »²¹.

Così, sotto altra angolazione è stato precisato che « l'accertamento del giudice di merito circa l'idoneità di una determinata condotta a ostacolare o a reprimere l'attività sindacale si risolve in un giudizio di fatto, censurabile in sede di legittimità solo sotto il profilo della congruità della motivazione »²².

La stessa espressione « comportamenti », indicati unicamente per la loro « direzione »²³, fa sì che non vi sia di essi alcuna qualificazione giuridica, consentendo, in tal modo, di ricomprendervi tanto atti giuridici che condotte materiali, anche omissive.

Nonostante l'ampiezza della formula, la giurisprudenza ha precisato che il datore di lavoro non può opporsi al conflitto, ma può opporsi al sindacato nel conflitto, ed infatti, l'art. 28 «con la finalità (. . .) di tutelare la libertà sindacale, consente di individuare il discrimine tra l'illecito e il lecito dell'imprenditore e suggerisce di

¹⁸ TREU, *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, cit. 49. Garofalo, *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, cit., 51. In giurisprudenza cfr. Cass. S.U. 12.6.1997, n. 5295, in *Dir. lav.* 1997, 5, 407, con nota di Vallebona, secondo cui una delle particolarità delle disposizioni concernenti la repressione della condotta antisindacale è data «dall'uso di una particolare tecnica normativa per l'identificazione della fattispecie».

¹⁹ GIUGNI, *Diritto sindacale*, cit., 115. Cass. 18.4.2007, n. 9250, in *Riv. giur. lav.*, 2008, 1, 223.

²⁰ GIUGNI, *Diritto sindacale*, cit., 115.

²¹ Cass. 8.5.1992, n. 5454, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 1886.

²² Cass. 7.8.1998, n. 7779, in *Gius.*, 1998, 21, 3037.

²³ Cfr. TREU, *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, cit., 49.

ravvisare il verificarsi della prima ipotesi nei fatti con i quali l'imprenditore tenti con il suo comportamento di reprimere il conflitto con il sindacato e la seconda ipotesi in quelli con i quali egli (...) si muova nel conflitto»²⁴.

Pertanto «ancorché per integrare gli estremi della condotta antisindacale sia sufficiente che il comportamento datoriale leda oggettivamente gli interessi collettivi di cui sono portatrici le organizzazioni sindacali, occorre comunque che la condotta abbia in concreto limitato la libertà sindacale o il diritto di sciopero e quindi non ha il carattere antisindacale quella condotta che risulti dovuta all'esercizio di un diritto del datore di lavoro, al quale si contrapponga un opposto diritto dei lavoratori che sia valido a contrastare il primo, o all'adempimento di un dovere, imposto allo stesso datore di lavoro da una disposizione di legge dettata a tutela di diritti di pari o superiore dignità »²⁵.

In verità risulta oltremodo difficoltoso per il giudice accertare il requisito della antisindacalità stante il confine estremamente labile tra l'area della antindacalità prevista dalla norma (antisindacalità giuridica) e l'area dei comportamenti antagονistici (antisindacalità di fatto).

Sicché nella ricostruzione della fattispecie il giudice dovrà non soltanto tenere conto della riconducibilità a principi legislativi o contrattuali di quanto prospettato dalla controparte sindacale e della sussistenza di eventuali elaborazioni giurisprudenziali in casi analoghi, ma dovrà necessariamente ricomporre quel contesto entro il quale possono assumere importanza anche regole non scritte²⁶ ovvero considerare rilevanti delle sfumature apparentemente insignificanti nel senso che « pur essendo un certo provvedimento aziendale indiscutibile quanto alla suscettibilità di essere adottato è il modo della sua adozione ad assumere in concreto una potenzialità antisindacale »²⁷.

Vi è stato, in dottrina, un ampio dibattito sulla individuazione nell'art. 28 di una norma meramente secondaria cioè creativa di una speciale tutela in favore di norme *aliunde* riconosciute e, dunque, già azionabili con procedimento ordinario, ovvero di una norma primaria cioè contenente di per sé un precetto sostanziale.

²⁴Cass. 17.1.1990, n. 207 in *Riv. giur. lav.* 1990, II, 277.

²⁵ Cass. 1.12.1999, n. 13383, in *Mass. giur. lav.* 2000, 4, 340, con nota di PAPALEONI.

²⁶ LUNARDON, *La condotta antisindacale* in CARINCI (diretto da) *Commentario di diritto del lavoro* Torino, 1998, I, 391.

²⁷ P. Torino, 22.1.1980, in *Riv. giur. lav.*, 1980, II, 399.

A tale proposito si sono contrapposte una teoria formalistica che considerava esperibile l'azione unicamente in caso di violazione di diritti riconosciuti dallo Statuto al sindacato²⁸, e una teoria secondo la quale oggetto della norma potevano anche essere le posizioni giuridiche attive derivanti dai principi costituzionali, giungendo ad individuare nella norma un carattere sostanziale²⁹.

Quest'ultimo orientamento, ormai prevalente, ha fatto sì che l'oggetto della norma possa essere ricondotto a violazioni di diritti sindacali non necessariamente disciplinati dallo statuto, ma quali emersi nell'ambito dell'evoluzione normativa e convenzionale, con conseguente considerazione di una serie di situazioni anche non direttamente determinanti una violazione di specifici diritti di fonte normativa ma provenienti da previsioni o perfino solo aspettative anche di origine convenzionale³⁰.

3. L'INTENZIONALITÀ DEL DATORE DI LAVORO COME ELEMENTO QUALIFICANTE O MENO DELLA FATTISPECIE.

La struttura aperta della norma ha portato, come è noto, dottrina e giurisprudenza a soffermarsi sui criteri utilizzabili per l'accertamento dell'eventuale antisindacalità della condotta.

In particolare esiste oramai da tempo un acceso dibattito sulla questione della rilevanza o meno dell'elemento soggettivo ai fini della configurabilità della fattispecie regolata dalla norma.

A tale proposito in sede di prima interpretazione la giurisprudenza, prendendo le mosse dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 28 del 1974, secondo cui «il campo naturale di applicazione dell' art. 28 st. lav. contempla ed abbraccia tutte quelle ipotesi in cui la condotta del datore di lavoro si estrinseca in una serie di atti e di comportamenti i quali, anche se oggettivamente leciti, si profilano, in relazione al fine perseguito, come diretti a limitare, contrastare, impedire o perseguire, con i mezzi più disparati, l'esercizio dei diritti sindacali del lavoratore », aveva ritenuto necessario la coesistenza accanto all'elemento oggettivo, inteso quale attitudine del comportamento a ledere libertà ed attività sindacale, anche l'elemento soggettivo

²⁸ Cfr. RIVA SANSEVERINO, *Parere pro veritate sull'art. 28 dello Statuto dei lavoratori* in *Orient. Giur. lav.*, 1970, 371.

²⁹ Cfr. TREU, *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, cit., 17; SCOGNAMIGLIO, *Condotta antisindacale*, cit., 2.

³⁰ Cfr. PAPALEONI, *Repressione della condotta antisindacale*, cit., 349.

inteso quale coscienza e volontà di porre in essere un comportamento antisindacale³¹.

Alla base del suddetto orientamento si sono posti argomenti di tipo letterale secondo cui l'uso dell'espressione «comportamenti diretti a» esprime l'intenzione del legislatore di limitare le condotte del datore di lavoro oggetto della norma a quelle caratterizzate dall'elemento volontaristico, nonché di tipo sistematico nel senso che la *ratio* dell'art. 28 deve essere ravvisata nell'intento legislativo di assicurare il corretto svolgimento delle relazioni sindacali nei luoghi di lavoro, attraverso una severa penalizzazione del comportamento datoriale non rispettoso di dette regole³².

Su un altro versante si è ritenuto sufficiente che la condotta del datore di lavoro leda oggettivamente gli interessi collettivi e che, pertanto, il giudice deve soltanto accertare l'oggettiva idoneità del comportamento denunciato a causare l'effetto che la norma intende impedire, mentre non rileva la sussistenza di un intento antisindacale perseguito dal datore di lavoro³³.

Secondo il suddetto orientamento «l'illiceità è data dalla relazione di contrasto in cui si pone l'atto illecito, in sé e per sé, con interessi tutelati dall'ordinamento: contrasto che provoca obiettivamente una *iniuria* e che perciò deve essere eliminato mercé la rimozione (degli effetti) dell'atto, indipendentemente dalle ragioni e dalla situazione che possono aver determinato l'atto»³⁴, sicché «ai fini della repressione, ai sensi dell'art. 28 della legge n. 300 del 1970, della condotta antisindacale del datore di lavoro, è sufficiente che la medesima - sempre che non sia giustificata dalla disciplina del rapporto di lavoro - risulta, sotto l'aspetto oggettivo, lesiva, anche solo potenzialmente, dei diritti sindacali alla cui tutela è preordinata la norma predetta, senza necessità che la condotta stessa sia, sotto l'aspetto soggettivo, caratterizzata dall'intenzione di conseguire un tale risultato, atteso, in particolare, che il comportamento antisindacale costituisce un illecito civile (come tale rilevante in sé, indipendentemente dall'atteggiamento psicologico di colui che ne è autore), per la cui sanzionabilità non può essere richiesto un elemento psicologico più intenso

³¹ Cass. 17.2.1987 n. 1713, in *Riv. it. dir. lav.*, 1987, II, 514; Cass. 19.7.1995 n. 7833, in *Orient. giur. lav.*, 1995, 559; Cass. 30.7.1993 n. 8518, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, II, 303 con nota di PIZZOFERRATO, Cass. 8.5.1992, n. 5454, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 1886.

³² Cass. 19.7.1995, n. 7833, cit.

³³ Cass. 17.11.1998, n. 11560, in *Guida lav.*, 1999, 4, 28; Cass. 17.10.1998, n. 10324, in *Not. giurispr. lav.*, 1998, 611; Cass. 16.12.1997, n. 921 I, in *Dir. e prat. lav.*, 1998, 523; Cass. 16.7.1992, n. 8610, in *Not. giur. lav.*, 1993, 20; Cass. 19.1.1990, n. 295, in *Not. giur. lav.*, 1990, 177; Cass. 7.7.1987, n. 5922, in *Orient. giur. lav.*, 1987, 981; Cass. 6.6.1984, n. 3409, in *Riv. it. dir. lav.*, 1984, 11, 653.

³⁴ Cass. 6.6.1984, n. 3409, cit.

di quello richiesto per la punibilità - con le sanzioni previste per la contravvenzione di cui all'art. 650 c.p. - dell'inosservanza del provvedimento giudiziario che ordina la cessazione del comportamento stesso »³⁵.

Sotto il profilo sistematico si è rilevato che con l'art. 28 il legislatore non si è limitato soltanto a riconoscere il diritto costituzionalmente garantito dei lavoratori e dei loro sindacati a svolgere l'attività sindacale nell'impresa, ma ha anche voluto predisporre una tutela appropriata e tempestiva di tale diritto. Attribuire, pertanto, rilevanza all'elemento intenzionale della condotta del datore di lavoro condurrebbe alla impossibilità di sanzionare e reprimere tutti quei comportamenti che, ugualmente lesivi dei diritti e delle libertà sindacali nonché del diritto di sciopero, siano stati tenuti inconsapevolmente³⁶.

Ai due opposti orientamenti si è proposta una soluzione intermedia che ha sostenuto l'irrelevanza dell'elemento della intenzionalità del comportamento datoriale ove esso si ponga in contrasto con una norma imperativa, richiedendolo, invece, ai fini dell'eventuale accertamento della ricorrenza dei caratteri dell'abuso del diritto in una condotta «oggettivamente lecita»³⁷.

In particolare è stato affermato che « costituisce comportamento antisindacale, sanzionabile ai sensi dell'art. 28 della legge n. 300 del 1970, il rifiuto del datore di lavoro, attuato in violazione di specifiche clausole del contratto collettivo nazionale, di aprire le trattative per il rinnovo del contratto integrativo aziendale ad una determinata rappresentanza sindacale aziendale, non valendo ad escludere l'applicabilità di detta norma la mancanza di uno specifico intento antisindacale, trattandosi di comportamento di per sé in contrasto con la libertà e l'esercizio dell'attività sindacale»³⁸.

La questione ha trovato una (temporanea) soluzione con l'intervento delle Sezioni Unite secondo cui « per integrare gli estremi della condotta antisindacale di cui all'art. 28 stat. lav. (legge n. 300 del 1970) è sufficiente che tale comportamento leda oggettivamente gli interessi collettivi di cui sono portatrici le organizzazioni sindacali, non essendo necessario (ma neppure sufficiente) uno specifico intento lesivo da parte del datore di lavoro né nel caso di condotte tipizzate perché consisten-

³⁵ Cass. 6.6.1984, n. 3409, cit.

³⁶ Cass. 3.6.1987 n. 4871 in *Giur. it.* 1988, I, 1, 564; Cass. 16.7.1992, n. 8610, in *Riv. giur. lav.* 1992, II, 841.

³⁷ Cass. 17.2.1987 n. 1713, in *Orient. giur. lav.*, 1987, 1296; Cass. 7.7.1987, n. 5922 in *Not. giur. lav.*, 1987, 515.

³⁸ Cass. 13.2.1987, n. 1598, in *Riv. it. dir. lav.*, 1987, II, 685

ti nell'illegittimo diniego di prerogative sindacali (quali il diritto di assemblea, il diritto delle rappresentanze sindacali aziendali a locali idonei allo svolgimento delle loro funzioni, il diritto ai permessi sindacali), né nel caso di condotte non tipizzate ed in astratto lecite, ma in concreto oggettivamente idonee, nel risultato, a limitare la libertà sindacale, sicché ciò che il giudice deve accertare è l'obiettivo idoneità della condotta denunciata a produrre l'effetto che la disposizione citata intende impedire, ossia la lesione della libertà sindacale e del diritto di sciopero»³⁹.

Pertanto secondo l'orientamento delle Sezioni Unite non è necessario uno specifico intento nocivo del datore di lavoro né nel caso di condotte tipizzate come lesive di prerogative sindacali, né in ipotesi di condotte non tipizzate, anche in astratto lecite, ma in concreto idonee a limitare libertà e attività sindacale.

La giurisprudenza immediatamente successiva alla sentenza si è sostanzialmente conformata alla soluzione adottata dalle Sezioni Unite a volte, però, apportando delle precisazioni. Si è così affermato che per poter qualificare un comportamento come antisindacale è necessario che esso «abbia prodotto o sia oggettivamente idoneo a produrre la lesione della libertà sindacale e del diritto di sciopero; ove il risultato dovesse risultare conforme a quello che la legge intende proteggere, la condotta non potrebbe qualificarsi come antisindacale anche se, apparentemente, abbia limitato la libertà sindacale o il diritto di sciopero, essendo dovuta all'esercizio del non contestabile diritto del datore di lavoro al quale non si contrapponga un opposto diritto dei lavoratori che sia valido a contrastare il primo, o dall'adempimento di un dovere»⁴⁰.

In altre parole, ai fini dell'accertamento della ricorrenza della antindacalità del comportamento, l'analisi dello stesso deve procedere non già sulla base delle valutazioni soggettive prospettate da una delle parti interessate, ma attraverso un riscontro di carattere oggettivo, verificando se la condotta esaminata rientri o meno nell'esercizio di un contrapposto diritto del datore di lavoro al quale non si contrapponga, a sua volta, un diritto del lavoratore idoneo a contrastare il primo, ovvero se consista nell'adempimento di un dovere imposto da disposizioni di legge adottate a tutela di un diritto di pari o superiore rango costituzionale.

La Corte di legittimità ha, poi, distinto l'ipotesi in cui il comportamento del datore di lavoro integri un inadempimento contrattuale comportante la lesione di diritti individuali previsti nella parte normativa del contratto collettivo, nel qual caso

³⁹ Cass. S.U. 12.6.1997 n. 5295, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, 55, con nota di MARTINUCCI.

⁴⁰ Cass. 1.12.1999, n. 13383 in *Mass. giur. lav.*, 2000, 4, 340 con nota di PAPALEONI.

ha ritenuto necessario, ai fini della qualificazione dell'antisindacalità della condotta, un'indagine sull'*animus* del datore di lavoro ai fini di accertarne la volontarietà, dal caso in cui, invece, vi sia stata una violazione delle disposizioni contenute nella parte obbligatoria del contratto collettivo ritenendola idonea *ex se* a limitare l'esercizio della libertà e dell'attività sindacale.

Si è così affermato che «mancando l'intento datoriale di frustrare la libertà e l'attività sindacale, la violazione della norma del contratto collettivo sul rispetto del limite di ricorso al lavoro straordinario non integra gli estremi della condotta antisindacale, poiché pretendere il rispetto di tale limite è prerogativa esclusiva del singolo dipendente. Ove la disciplina dettata dalla contrattazione collettiva, nel fissare i limiti massimi per il lavoro straordinario di ciascun dipendente, preveda anche l'obbligo del datore di lavoro di informare il sindacato in ordine al numero di ore di lavoro straordinario svolto dai dipendenti, l'inottemperanza del datore di lavoro a quest'obbligo di informazione è idonea *ex se*, oggettivamente, a costituire condotta antisindacale»⁴¹.

In altra sentenza la Corte viceversa ha sancito che «per integrare gli estremi della condotta antisindacale di cui all'art. 28 dello statuto dei lavoratori (legge n. 300 del 1970) è sufficiente che tale comportamento leda oggettivamente gli interessi collettivi di cui sono portatrici le organizzazioni sindacali, non essendo necessario (ma neppure sufficiente) uno specifico intento lesivo da parte del datore di lavoro, potendo sorgere l'esigenza di una tutela della libertà sindacale 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»⁴².

Da ultimo la Corte sembra ritornare all'orientamento intermedio affermando che l'intenzionalità del comportamento è irrilevante in caso di «condotte del datore di lavoro che contrastino con norme imperative destinate a tutelare, in via diretta ed immediata, l'esercizio della libertà e dell'attività sindacale, come nel caso di comportamenti lesivi dei diritti sindacali di cui ai titoli secondo e terzo della l. n.300 del 1970»⁴³.

⁴¹ Cass. 17.4.2004 n. 7347, in *Not. giur. lav.*, 2004, 4, 393.

⁴² Cass. 18.4. 2007 n. 9250, in *Not. giurispr lav.* 2007, 3, 261.

⁴³ Cass. 21.7.2008 n. 20078, in *Not. giurispr lav.* 2009, 1, 6.

4. L'ATTUALITÀ DELLA CONDOTTA

Secondo il costante orientamento della Cassazione costituisce requisito essenziale dell'azione di cui all'art. 28 St. lav. l'attualità della condotta.

In particolare si è affermato che « requisito essenziale dell'azione di repressione della condotta antisindacale, di cui all'art. 28 della legge n. 300 del 1970, è l'attualità di tale condotta o il perdurare dei suoi effetti. Tale requisito (...) deve intendersi nel senso che, da un lato, il mero ritardo della proposizione del ricorso non ne determina di per sé l'inammissibilità in presenza della permanenza degli effetti lesivi, e, dall'altro, il solo esaurirsi della singola azione lesiva del datore di lavoro non può precludere l'ordine del giudice di cessazione del comportamento illegittimo ove questo, alla stregua di una valutazione globale non limitata ai singoli episodi, risulti tuttora persistente ed idoneo a produrre effetti durevoli nel tempo, sia per la sua portata intimidatoria, sia per la situazione di incertezza che ne consegue, suscettibile di determinare in qualche misura una restrizione o un ostacolo al libero esercizio dell'attività sindacale.⁴⁴

A giustificazione del ragionamento i giudici mettono in evidenza la mancanza di un'esplicita clausola normativa di decadenza; l'art. 28, infatti, non prescrive, come, invece, avviene per altre azioni, quali ad es. l'impugnativa dei licenziamenti per mancanza di giusta causa o giustificato motivo *ex* art. 6 l. n. 604/1966, o per le rinunzie e transazioni *ex* art. 2113 c.c., che l'azione debba essere instaurata entro un termine prefissato dai comportamenti denunciati ovvero dalla conoscenza degli stessi da parte del sindacato affermando che «la mancata fissazione, da parte del legislatore, di un termine di decadenza per la proposizione di un'azione *ex* art. 28 Stat. lav. consente alle organizzazioni sindacali di scegliere liberamente, nell'ambito delle proprie autonome valutazioni e nell'esercizio dei propri poteri di autotutela, i tempi per la domanda giudiziaria di cessazione dell'attività antisindacale, la quale, pertanto, può essere proposta anche dopo lungo tempo dall'inizio della illegittima condotta»⁴⁵.

A tale proposito la Corte ha precisato che « l'attualità della condotta antisindacale, che costituisce presupposto necessario per l'esperibilità dell'azione *ex* art. 28 l. 20 maggio 1970 n. 300, in quanto diretta ad una pronunzia costitutiva e non di

⁴⁴ Cass. 12.11. 2010, n. 23038, in *Giust. civ. Mass.* 2010, 11, 1451; Cass. 6.6.2005 n. 11741, in *Riv. giur. lav.*, 2006, 2, 323, con nota di M. G. GAROFALO.

⁴⁵ Cass. 16.2.1998 n.1600, in *Not. giur.lav.*, 1998, 267. Nella giurisprudenza di merito v. T. Milano 4.7.2007, in *Riv. critica dir. lav.*, 2007, 3, 691.

mero accertamento, non è esclusa dall'esaurirsi della singola azione sindacale del datore di lavoro, ove il comportamento illegittimo di questi risulti tuttora persistente ed idoneo a produrre effetti durevoli nel tempo, sia per la sua portata intimidatoria, sia per la situazione di incertezza che ne consegue, tale da determinare una restrizione o un ostacolo al libero svolgimento dell'attività sindacale»⁴⁶.

Ulteriore applicazione del principio per cui l'attualità del comportamento è da ritenersi presupposto indispensabile per la proposizione dell'azione è quella secondo cui si è ritenuto che il procedimento *ex art. 28 St. lav.* non possa essere utilizzato per la repressione di comportamenti antisindacali futuri, ponendosi contro la *ratio* e la lettera della legge. Inoltre ammettendo la possibilità di pronunzie giudiziarie relative a comportamenti futuri del datore di lavoro si riconoscerebbe al giudice l'esercizio di una funzione normativa che eccede l'attività giurisdizionale⁴⁷.

Tuttavia, un'apertura in tal senso si trova allorquando si è sostenuto che «l'esaurirsi di singole azioni antisindacali del datore di lavoro non preclude al giudice di vietargli, ai sensi dell'art. 28 della legge n. 300 del 1970, la (ulteriore) continuazione di dette azioni, ove le stesse siano espressione di una condotta non meramente episodica ma destinata oggettivamente a persistere nel tempo, con conseguenti durevoli ripercussioni negative per la libertà o l'attività sindacale, cui, in mancanza della pronuncia di un divieto siffatto, non sarebbe apprestata effettiva tutela. i»⁴⁸.

Su questa scia è stato ritenuto che «costituisce comportamento antisindacale, per la valenza oggettivamente intimidatoria, l'invio alle lavoratrici che si siano astenute dal lavoro per aver aderito a uno sciopero, di una richiesta di giustificazioni ai sensi dell'art. 7 st. lav. (nella fattispecie, il giudice ha ordinato alla parte convenuta di non dare seguito a tali contestazioni e d'astenersi per il futuro dall'utilizzare il potere disciplinare per limitare l'esercizio della libertà sindacale, nonché del diritto di sciopero)»⁴⁹.

Parimenti secondo la Cassazione non va data alcuna rilevanza all'eventuale precedente atteggiamento rinunciatario o passivo del sindacato di fronte ad analogo

⁴⁶ Cass. 2.9.1996 n. 8032, in *Not. giur.lav.*, 1996, 657, Cass 5.2.2003, n. 1684, in *Lavoro nella giur.* 2003,10,958. Nella giurisprudenza di merito v. T. Sassari 15.2.2002, in *Not. giur.lav.* 2002, 163; T. Ancona 10.3.2005, in *Not. giurispr. lav.*, 2005, 160; Trib Teramo 22.1.2007, in *Lavoro nella giur.*, 2007,5, 525.

⁴⁷ Cass. 18.1.1984 n. 441, in *Giust. civ.*, 1984, I, 2721; Cass. 9.2.1991, n. 1364, in *Riv. giur. lav.*, 1991, II, 174. Nella giurisprudenza di merito v. T. Milano 22.11. 2007, in *Lav. pubbl. amm.*, 2007, 6, 1204.

⁴⁸ Cass. 3.7.1984 n. 1984, in *Giust. civ.*, 1984, I, 2720.

⁴⁹ T. Milano 3.4.2002, in *Riv. critica dir. lav.*, 2002, 602.

comportamento antisindacale posto in essere dallo stesso datore di lavoro posto che l'art. 28 non annovera fra le condizioni di proponibilità della domanda l'immediatezza di reazione del soggetto che si assume leso, prevedendosi che «l'azione per la repressione della condotta antisindacale prevista dall'art. 28 della legge n. 300 del 1970, pur essendo configurata come una procedura d'urgenza, non annovera fra le condizioni di proponibilità della domanda l'immediatezza di reazione del soggetto che si assume leso, né trova preclusione - salvo i limiti di decadenza e prescrizione - nel pregresso comportamento mantenuto in altre occasioni dallo stesso datore di lavoro e nella correlativa mancata contestazione da parte degli organi delle associazioni sindacali»⁵⁰.

Diverso problema è quello della necessità o meno della immediata reazione del soggetto individuale che si assume leso dal comportamento datoriale. La questione, connessa alla plurioffensività del comportamento antisindacale di cui *infra*, qui viene esaminata sotto il profilo dell'attualità della condotta.

La giurisprudenza si è espressa nel senso che « la condotta antisindacale prevista nell'art. 28 stat. lav. può comportare anche la lesione dell'interesse individuale del singolo lavoratore dando vita in tal caso ad azioni distinte, autonome e senza reciproche interferenze; ne consegue che l'attualità di tale condotta e la permanenza dei suoi effetti, vanno accertate con riferimento agli interessi dei quali il sindacato è portatore esclusivo e non possono esser condizionate dalle vicende relative all'eventuale azione individuale intrapresa dal lavoratore; con l'ulteriore conseguenza che da un lato l'accoglimento di quest'ultima in via interinale e con provvedimento cautelare non fa venire meno l'interesse del sindacato alla proposizione del ricorso ex art. 28 cit. e che, d'altro lato e specularmente, la mancata proposizione di tale ricorso nell'attualità del comportamento lesivo non legittima la successiva proposizione dello stesso quale reazione ad una condotta non più attuale, sol perché le vicende successive del giudizio promosso dal lavoratore sono state sfavorevoli a quest'ultimo»⁵¹.

⁵⁰ Cass. 4.2.1983, n. 945 in *Giur. it.*, 1983, I, 1, 1636; Cass. 5.4.1991, n. 3568, in *Not. giurispr. lav.*, 1991, 246.

⁵¹ Cass. 21.10.1997 n. 10339, in *Riv. giur. lav.*, 1998, II, 331.

5. CONDOTTA ANTISINDACALE E COMPORTAMENTI LESIVI DI SINGOLI INDIVIDUI. LA C.D. PLURIOFFENSIVITÀ

Dopo un iniziale contrasto in dottrina in merito alla possibile configurazione di una condotta antisindacale in ipotesi di comportamenti del datore di lavoro che in via immediata ledono situazioni giuridiche di singoli dipendenti⁵², può ritenersi dato ormai acquisito nella giurisprudenza costituzionale⁵³ e ordinaria⁵⁴ che la condotta del datore di lavoro può essere plurioffensiva in quanto lesiva contemporaneamente di situazioni giuridiche soggettive del singolo lavoratore e del sindacato, con la conseguente ammissibilità di entrambe le azioni dirette alla realizzazione di fini diversi: l'una, quella collettiva, rivolta alla eliminazione degli effetti della condotta antisindacale, l'altra, quella del singolo lavoratore, incentrata sulla tutela di diritti individuali; esse, pertanto, come già osservato, si trovano su un piano di reciproca autonomia, con la conseguenza che l'esperimento di una di esse non può incidere sulle vicende e sulla sorte dell'altra⁵⁵.

Ovviamente l'azione *ex art. 28* a fronte di provvedimenti aziendali lesivi della posizione del singolo lavoratore non può essere esercitata quando questi abbiano causato una violazione di meri interessi patrimoniali o morali del lavoratore⁵⁶, ma può essere esperita dalle associazioni sindacali unicamente quando il comportamento posto in essere dal datore di lavoro sia contemporaneamente offensivo e degli interessi collettivi di cui è titolare il sindacato e dell'interesse individuale del lavoratore⁵⁷. Così la Corte di Cassazione ha precisato che « la condotta del datore di lavoro che violi esclusivamente diritti individuali dei lavoratori derivanti da norme imperative o da contratti collettivi non costituisce condotta antisindacale ove non comporti la contestuale lesione degli interessi collettivi contemplati dall'art. 28 st.

⁵² Cfr. in senso negativo, RIVA SANSEVERINO, *Parere pro veritate sull'art. 28 dello statuto dei lavoratori*, l. 20 maggio 1970 n. 300, in *Orient. giur. lav.*, 1970, 371; ARANGUEN, *A proposito di una peculiare interpretazione dell'art. 28 dello «Statuto dei lavoratori»*, in *Mass. giur. lav.*, 1970, 538, *contra* TREU, *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, cit. 16; M.G. GAROFALO, *Commento sub art. 28*, in *Lo Statuto dei lavoratori*, commentario diretto da GIUGNI, Milano, 1979, 481.

⁵³ C. Cost. 21.7.1988 n. 860, in *Foro it.*, 1988, I, 623.

⁵⁴ Cass. 4.12.1984 n. 6367, in *Not. giurispr. lav.*, 1985, 138; 21.10.1997, n. 10339, in *Riv. giur. lav.*, 1998, II, 331;

⁵⁵ Cass. 17.2.1992, n. 1916, in *Foro it.* 1992, I, 3020.

⁵⁶ C.A. Firenze, 20.3.2009, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, 3, 696; T.A.R. Emilia Romagna, sez. II, Bologna, 20.3.1992, n. 118, in *Trib. amm. reg.*, 1992, I, 2075, Cass. 8.5.1990, n. 3780 in *Mass.giur.it*, 1990.

⁵⁷ Cass. 4.12.1984 n. 6367, cit.

lav., posti “a giustificazione dell’azione sindacale, così come della proiezione della stessa al di là della cerchia dei soggetti affiliati alle associazioni sindacali”.⁵⁸

Ovviamente spetta all’interprete il non facile compito di identificare le fattispecie in cui l’interesse sia soltanto individuale ovvero sia accompagnato da un interesse anche collettivo⁵⁹, che si realizza quando l’organizzazione sindacale agisca «con il procedimento in questione, per la tutela di posizioni giuridiche che sono anche le proprie; pertanto è nella interdipendenza di profili individuale e collettivo dell’interesse protetto, che va individuato il presupposto della pluralità di legittimazioni processuali dei singoli dipendenti e delle associazioni di categoria, distinte ed autonome»⁶⁰.

Pertanto non costituisce condotta antisindacale, sanzionabile ai sensi dell’art. 28 dello statuto dei lavoratori, l’attacco, anche pretestuoso, alle posizioni espresse dal sindacato mediante critiche di natura “politica” in senso ampio o attraverso la minaccia di porre in essere misure alternative, all’accordo, posizioni che possono ritenersi ricomprese nell’ambito fisiologico del conflitto collettivo, purché non venga compressa in alcun modo la possibilità di reazione garantita dall’ordinamento»⁶¹.

Parimenti la Corte ha affermato che «dalla natura degli interessi collettivi tutelati dalle organizzazioni sindacali deriva 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 sui diritti acquisiti dai singoli lavoratori.»⁶².

Sempre sulla stessa linea la Corte ha precisato che «non è configurabile come antisindacale, ai sensi dell’art. 28 stat. lav., il licenziamento di rappresentanti sindacali che si ponga come reazione causale al comportamento scorretto e riprovevole

⁵⁸ Cfr. DEL PUNTA, *Individuale e collettivo: una coppia da ripensare?*, in *Lav. dir.*, 2008, 2, 306.

⁵⁹ Su collettivo e individuale, cfr. ROMAGNOLI, «*Collettivo*» e «*individuale*» nel diritto del lavoro, in *Lav. dir.*, 2008, 2, 207.

⁶⁰ T.A.R. Catania, 22.01.2008, n. 147, in *Foro amm.*, 2008, 1, 259.

⁶¹ Cass.10.7.2002, n.10031, in *Giur. it.*, 2003, 1354.

⁶² Cass. 9.10.2000, n. 13456, in *Dir. giust.*, 2000, 40-41, 72, Nella specie, la condotta antisindacale era consistita nell’assunzione da parte delle Ferrovie dello Stato di deliberazioni in materia di prepensionamenti con omissione delle procedure di intesa sindacale contrattualmente previste; il giudice di merito, con la sentenza confermata dalla S.C., aveva escluso che con i provvedimenti ex art. 28 l. n. 300 del 1970 si potessero invalidare, oltre le determinazioni di carattere generale dell’azienda - con la conseguente inibizione dei prepensionamenti non ancora attuati -, anche i singoli prepensionamenti già perfezionatisi con l’accettazione dei lavoratori.

di questi ultimi, consistito nell'aggressione di un altro lavoratore, poiché tale comportamento determina la violazione degli obblighi legali e contrattuali connessi al rapporto di lavoro ed alla pacifica convivenza fra lavoratori nella vita dell'azienda; né può rilevare, a tali fini, l'esistenza di un conflitto sindacale in corso, posto che l'esercizio dell'azione sindacale soggiace comunque al limite esterno della impossibilità di tradursi in atti pregiudizievoli di fondamentali diritti del pari garantiti in modo assoluto, come quello alla vita e all'incolumità personale»⁶³.

6. I COMPORTAMENTI DIRETTI A LIMITARE E/O OSTACOLARE LA LIBERTÀ E/O L'ATTIVITÀ SINDACALE

L'art. 28 qualifica disgiuntamente quali lesivi i comportamenti del datore di lavoro diretti a limitare od ostacolare sia la libertà che l'attività sindacale.

Si tratta, evidentemente, di due distinti, ancorché fra loro connessi, profili che trovano, infatti, la loro tutela in due separati titoli (II e III) dello Statuto dei lavoratori.

La libertà sindacale attiene alla possibilità che i sindacati si organizzino in base a proprie valutazioni e correlativamente che i singoli lavoratori aderiscano ad un sindacato di propria scelta ovvero rimangano del tutto estranei a qualsiasi movimento sindacale ai sensi degli artt. 39 Cost. e 14 Stat. lav⁶⁴. Da questo punto di vista è evidente che il principio di libertà sindacale si ponga come un necessario *prius* strumentale rispetto all'attività sindacale che, invece, concerne tutte le decisioni ed azioni poste in essere per la realizzazione degli obiettivi di tutela e rappresentanza degli interessi collettivi dei lavoratori.

Entrambi i due fenomeni tutelati dalla norma sono arricchiti e qualificati dall'aggettivo "sindacale" sicché oggetto di garanzia non è qualsiasi manifestazione della libertà di associarsi o correlativamente qualsiasi attività esplicata dall'organizzazione ma è necessario che l'associazione si costituisca e si sviluppi ed agisca per la realizzazione di interessi connessi a relazioni giuridiche in cui sia dedotta un'attività di lavoro.

È indiscutibile che ad integrare la fattispecie contemplata dalla norma siano con maggiore frequenza quei comportamenti tenuti dal datore di lavoro nell'esercizio

⁶³ Cass. 23.3.2004 n. 5815, in *Not. giur.lav.*, 2004, 5, 568.

⁶⁴ Cfr. SCOGNAMIGLIO, *Condotta antisindacale*, cit., 4; PAPALEONI, *Repressione della condotta antisindacale*, cit., 348.

dei poteri gestionali dell'azienda. In tal caso l'antisindacalità sarà palese ed indiscutibile quando la condotta datoriale sia diretta a limitare o impedire la realizzazione di situazioni oggetto di specifiche statuizioni e/o specifiche garanzie previste dalla legge o dai contratti collettivi, quali ad esempio le disposizioni previste dal titolo III dello Statuto e che riguardano i diritti sindacali all'interno del luogo di lavoro (assemblee, *referendum* etc) ovvero le disposizioni legislative concernenti gli obblighi di informazione istituiti in riferimento a fondamentali scelte di organizzazione aziendale come in materia di trasferimento (art. 47 l. 30.12.1990, n. 428) o di cessazione di attività (art. 24, 2° comma, l. 23.7.1991, n. 223).

I problemi sorgono quando il conflitto riguardi da un lato rivendicazioni dei sindacati e dall'altro scelte del datore di lavoro contrastanti con le richieste sindacali ma, invece, dallo stesso ritenute opportune per la realizzazione degli obiettivi dell'impresa.

In tal caso al giudice, investito dalla decisione a seguito dell'attivato procedimento *ex* art. 28, spetta il difficile compito di stabilire se siffatta condotta datoriale integri gli estremi della antisindacalità ovvero sia ascrivibile nella libertà di iniziativa economica garantita, se pur entro certi limiti, dalla Costituzione (art. 41 Cost.).

È evidente che in tal caso possa soccorrere il principio di buona fede quale criterio di ragionevolezza. Così, ad esempio, posto che nel nostro ordinamento non esiste in linea generale un principio che impone all'imprenditore di trattare e contrarre con i sindacati essendo la formazione del cd. tavolo contrattuale rimesso alla piena autonomia delle parti, a meno che questo non sia previsto da disposizioni di legge o da clausole collettive, si è affermato che «se in linea generale il datore di lavoro non ha neppure dopo il referendum del 1995 l'obbligo di trattare con tutti i sindacati, né l'obbligo di invitare alla trattativa il sindacato maggiormente rappresentativo, deve ritenersi che il datore di lavoro debba comportarsi con correttezza e buona fede nelle relazioni sindacali, onde è antisindacale il rifiuto illegittimo e pregiudiziale di qualunque contatto con l'unico sindacato operante al quale aderiscono tutte le maestranze»⁶⁵. Per escludere l'antisindacalità parte della giurisprudenza ritiene utilizzabile il criterio del «normale svolgimento dell'attività aziendale», ricavato dall'art. 26 St. lav. e dichiarato estensibile al di fuori di quella specifica ipotesi⁶⁶. In

⁶⁵ T. Trani, 9.8.1999, in *Lav. giur.*, 2000, 74

⁶⁶ Cfr. T. Milano, 18.2. 2003, in *Riv. Critica dir. la.v.*, 2003, 304; Cass. 22.2.83 n. 1325, in *Giust. civ.*, 1983, I, 1747; P. Torino, 3.5.1989, in *Not. giur.lav.*, 1989, 377; P. Pavia, 27.11.1981, in *Riv. giur. lav.*, 1981, II, 950.

altra sentenza si fa ricorso all'«interesse dell'impresa» inteso nel «suo significato tecnico di razionalità organizzativa»⁶⁷.

Un'importante questione concerne l'antisindacalità o meno della condotta datoriale che si sostanzia in una violazione di disposizioni contenute in un contratto o accordo collettivo. In verità la violazione da parte del datore di lavoro del contratto collettivo non costituisce comportamento ontologicamente antisindacale in quanto non determina di per sé una lesione di interessi collettivi legittimante il ricorso al procedimento *ex art. 28 st. lav.* Tale principio è espressamente affermato dalla giurisprudenza di legittimità secondo cui «l'antisindacalità della condotta del datore di lavoro, ai sensi dell' art. 28 l. n. 300 del 1970, è configurabile solo con riguardo ad atti (lesivi di interessi di una larga parte dei lavoratori) che siano diretti a reprimere in radice il conflitto con i sindacati, non anche con riguardo ad atteggiamenti del medesimo datore di lavoro nell'ambito di tale conflitto, e deve essere accertata con estremo rigore nel caso di violazione delle previsioni di un accordo sindacale destinate ad operare direttamente sul piano dei rapporti fra datore di lavoro e lavoratori, non essendo tale violazione di per sé sufficiente per la sussistenza dei requisiti richiesti dal cit. art. 28»⁶⁸ e da quella di merito secondo cui «la violazione di un previgente assetto contrattuale, non configura "ex se" un comportamento antisindacale del datore di lavoro, se per le modalità con cui viene posto in essere non sia lesivo del prestigio del sindacato»⁶⁹. Pertanto per potere qualificare come antisindacale il comportamento del datore di lavoro che viola una disposizione di contratto collettivo non si potrà prescindere dal valutare le modalità concrete con cui viene posta in essere la violazione, nonché le ragioni che hanno determinato nella fattispecie la violazione medesima. In questo senso si è espressa la Corte di Cassazione affermando che «non può ritenersi sanzionabile ai sensi dell'art. 28 Stat. lav. la condotta del datore di lavoro che si concreti nell'inadempimento di obblighi scaturenti da accordi e contratti collettivi senza attribuire rilievo alle ragioni che hanno determinato in concreto detta condotta e alle circostanze e modalità che l'hanno accompagnata»⁷⁰.

⁶⁷ Cfr. TREU, *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, cit., 90.

⁶⁸ Cass. 17.11.1990 n. 207, in *Riv. giur. lav.*, 1990, II, 277, in senso conforme Cass. 19. 7.1995, n. 7833, in *Giust. civ.*, 1996, I, 131.

⁶⁹ P. Venezia 17.8.1998, in *Dir. lav.*, 1999, II, 28, in senso conforme T. Milano 30.6.1999, in *Lavoro nella giur.* 1999, I, 1075.

⁷⁰ Cass. 18.4.2001 n. 5657, in *Giust. civ. mass.*, 2001, 808.

Un'utilizzazione massiccia dell'istituto è avvenuta in occasione della vicenda riguardante i rapporti tra Fiat (e altre imprese della categoria metalmeccanica) e Fiom, e, in special modo sulla questione della illegittimità/antisindacalità della stipulazione ed applicazione degli accordi «separati» in danno alla Fiom e alla esclusione della medesima Fiom dalla rappresentanza sindacale in azienda. Le risposte della giurisprudenza sono state variegate sia in ordine alla decisione finale sia in ordine alle argomentazioni giuridiche. Ed infatti parte dei giudici ha accolto i ricorsi (ad es. Trib. Torino 20 maggio 2011⁷¹; Trib. Torino 26 aprile 2011⁷²; Trib. Torino 18 aprile 2011⁷³; Trib. Modena 22 aprile 2011⁷⁴; Trib. Bologna 27 marzo 2012⁷⁵; Trib. Napoli 12 aprile 2012⁷⁶) e parte, invece, li ha rigettati (ad es. Trib. Torino 2 maggio 2011⁷⁷; Trib. Ivrea 1° giugno 2011⁷⁸; Trib. Reggio Emilia 3 giugno 2011⁷⁹; Trib. Milano 3 aprile 2012⁸⁰; Trib. Lecce 12 aprile 2012⁸¹; Trib. Torino 13 aprile 2012⁸²). L'inedito utilizzo dell'art. 28 fa emergere le difficoltà applicative della disposizione quando si vuole, con una sorta di eterogenesi dei fini, utilizzarla in un conflitto che vede coinvolti i rapporti tra le OO.SS. maggiormente rappresentative e che invoca la supplenza giudiziaria per colmare per un verso l'anomia legislativa in materia di efficacia del contratto collettivo e per l'altro per far rivivere le regole sulla costituzione delle r.s.a. ghigliottinate dal referendum del 1995. La precomprensione ideologica dei giudici emerge dalle tecniche argomentative utilizzate e dalla contraddittorietà delle decisioni che escludono o riconoscono l'antisindacalità della condotta più attraverso l'analisi "psicologica" del comportamento datoriale che sugli effettivi risultati delle scelte aziendali (di per sé quasi sempre ritenuti legittimi).

⁷¹ In *Dir. rel. ind.*, 2011, 3, 743.

⁷² In *Riv. it. dir. lav.*, 2011, 2, 637.

⁷³ In *Riv. it. dir. lav.*, 2011, 2, 638.

⁷⁴ In *Riv. it. dir. lav.*, 2011, 2, 638.

⁷⁵ In *Dir. lav. mercati*, 2012, I, 135, con nota di ESPOSITO-NATULLO, "Le vie degli artt. 28 e 19 St. lav. sono (in)finite": i limiti del dialogo tra ordinamento sindacale e ordinamento statale nel cono della controversia FIOM vs FIAT.

⁷⁶ In *Dir. lav. mercati*, 2012, I, 135.

⁷⁷ In *Giur. merito*, 2011, 12, 3098.

⁷⁸ In *Dir. rel. ind.*, 2011, 3, 743.

⁷⁹ In *Riv. critica dir. lav.*, 2011, 2, 298.

⁸⁰ *Dir. lav. mercati*, 2012, I, 135.

⁸¹ *Dir. lav. mercati*, 2012, I, 135.

⁸² *Dir. lav. mercati*, 2012, I, 135.

7. I COMPORTAMENTI DIRETTI A LIMITARE E/O OSTACOLARE L'ESERCIZIO DEL DIRITTO DI SCIOPERO

Altro bene tutelato dall'art. 28 è il diritto di sciopero. La norma, infatti, qualifica come antisindacali le condotte del datore di lavoro con le quali si produca un *vulnus* al suo concreto esercizio.

Beninteso, il diritto di sciopero quale diritto pubblico di libertà trova riconoscimento e garanzia nell'art. 40 della Costituzione. Tuttavia il legislatore ha avvertito l'esigenza di qualificare come illeciti e conseguentemente di predisporre uno specifico procedimento diretto a punire i comportamenti datoriali che si pongano in contrasto con esso.

L'apparente pleonismo trova la sua giustificazione nella diversità di *rationes* poste alla base delle due norme. Ed infatti il riconoscimento del diritto di sciopero da parte dell'art. 40 Cost. implica unicamente la esclusione di ogni responsabilità civile nei confronti dei lavoratori in sciopero, sancendo il prevalere dell'interesse all'autotutela del lavoratore sul diritto del datore di lavoro ad ottenere la prestazione lavorativa, riconoscendo, in tal modo, quale effetto prodotto dallo sciopero la sospensione delle due obbligazioni fondamentali del rapporto di lavoro.

Con l'art. 28, il legislatore ha voluto, al fine di rafforzare la presenza e l'azione dei sindacati nei luoghi di lavoro, dotare tale diritto di una tutela particolarmente efficace e rapida al fine di precludere al datore di lavoro tutti quei comportamenti diretti ad impedirne o limitarne l'esercizio⁸³. Vale, cioè, «l'affermazione che il diritto di sciopero, prima di essere oggetto di regolamentazione, deve essere protetto»⁸⁴.

Sancito il diritto del datore di lavoro di porre in essere tutte quelle misure che sono finalizzate ad attenuare gli effetti negativi sulla produzione che lo sciopero mira a produrre, vanno, pertanto distinte le reazioni datoriali in: reazioni illegittime in cui il datore di lavoro, opponendosi *al* conflitto, tenta di reprimere l'esercizio del diritto di sciopero, e reazioni legittime in cui il datore di lavoro, senza ostacolare la libera estrinsecazione del diritto sciopero utilizza *nel* conflitto il potere organizzativo a lui riconosciuto dall'ordinamento per limitare gli effetti dannosi dello stesso.

⁸³ Cfr. SCOGNAMIGLIO, *Condotta antisindacale*, cit., 6-7.

⁸⁴ Cfr. ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in Commentario c.c. Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1972, 424.

Va, però, rilevato che la tutela dell'esercizio di sciopero attraverso l'art. 28 presuppone la legittimità dello stesso, e, a tale proposito va considerato l'orientamento formatosi a partire dalla sentenza della Cassazione 30 gennaio 1980 n. 711 con cui si è affermato che i limiti all'esercizio del diritto di sciopero non possono che essere esterni, cioè non coesenziali alla sua definizione, e, perciò, desunti dal raffronto tra l'interesse tutelato dall'art. 40 Cost. e gli altri interessi costituzionalmente garantiti. Tra i beni che lo sciopero non deve ledere viene messa in evidenza la libertà di iniziativa economica prevista dall'art. 41 Cost. la quale, però, per essere considerata preminente rispetto al diritto di sciopero non deve essere intesa nel senso di libertà di realizzare un profitto, ma in senso dinamico, come attività che trova il suo riconoscimento e la sua tutela anche e soprattutto nell'art. 4, co. 1, Cost., in quanto l'attività imprenditoriale è una forma di lavoro che gode di questa garanzia e in quanto è attraverso l'insieme delle attività imprenditoriali che si può promuovere il diritto al lavoro di tutti i cittadini.

Sulla base di siffatti principi la sentenza ha stabilito che l'esercizio del diritto di sciopero deve ritenersi illegittimo quando per le modalità con cui viene effettuato sia idoneo a pregiudicare in maniera irreparabile non la produzione ma la produttività dell'azienda cioè la sua capacità produttiva impendendo all'imprenditore di svolgere la sua iniziativa economica ovvero comporti la distruzione o una duratura inutilizzabilità degli impianti, con pericolo per l'impresa come organizzazione istituzionale e non come mera organizzazione gestionale e con conseguente compromissione dell'interesse generale alla preservazione dei livelli di occupazione.

Così non sono state considerate antisindacali le reazioni ad uno scorretto e riprovevole comportamento tenuto dai lavoratori durante uno sciopero, in ipotesi in cui non si tratti di una «mera astensione collettiva dal lavoro, ma assuma forme diverse dallo sciopero per la carica di violenza delle manifestazioni che incidono, direttamente e immediatamente, sull'integrità degli impianti e sull'incolumità dei lavoratori ad essi addetti»⁸⁵. Nel caso di reazione a scioperi articolati, soprattutto nelle lavorazioni a ciclo continuo con chiusura dell'azienda disposta unilateralmente, la valutazione dei giudici di merito deve essere adottata con riferimento al contesto in cui si è verificato il fermo produttivo, tenendo conto di tutte le modalità dell'azione sindacale, della natura del ciclo produttivo, delle dimensioni dell'attività industriale e della sua articolazione, della ricerca di rimedi alternativi da parte del datore di lavoro, del comportamento tenuto dalle organizzazioni sindacali nella ricerca di

⁸⁵ Cass. 20.4.1995 n. 4426 in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, 663.

una possibile mediazione degli interessi in gioco ai fini della pronta ripresa del lavoro⁸⁶.

Va, tuttavia, messa in evidenza una sentenza resa in sede di opposizione dal Tribunale di Melfi, secondo cui «non costituisce condotta antisindacale il licenziamento di tre attivisti e militanti sindacali per fatti accaduti durante uno sciopero poiché i comportamenti tenuti dai lavoratori non sono riconducibili al diritto di sciopero, in cui non rientra la condotta di chi non si limiti ad un'attività di persuasione degli altri dipendenti per indurli a scioperare, ma ponga in essere concreti atti nei confronti del personale non aderente all'agitazione o interventi materiali sugli impianti per impedire il funzionamento dell'organizzazione aziendale. Conseguenza del comportamento illegittimo dei tre lavoratori licenziati è stato il grave danno economico subito dall'azienda opponente consistito nella mancata produzione di autovetture, gravità da rapportare alla particolare situazione di crisi economica e di difficoltà vissuta dal mercato automobilistico.»⁸⁷ La sentenza, che ha avuto un notevole impatto mediatico inserendosi nelle delicate vicende riguardanti le relazioni sindacali tra la Fiat e la Fiom, risulta interessante in quanto vi si trova notevolmente ridimensionata la rilevanza del danno alla produttività nell'ambito dei limiti al diritto di sciopero. In altre parole l'attenzione del giudice si concentra, unicamente, sul dato della mancata produzione delle autovetture tralasciando un approfondimento sull'esistenza di un'eventuale lesione della produttività aziendale sulla base di compromissione degli impianti, ripercussioni sui rapporti commerciali, perdita di commesse. La sentenza, in parola, è stata poi riformata dalla Corte d'appello di potenza con sentenza n.170/2012, nella quale, la Corte effettuando un'analisi dei limiti al diritto di sciopero mette in evidenza come ci si trovi fuori dallo stesso tutte le volte in cui la lotta sindacale trascenda da una mera astensione collettiva dal lavoro a manifestazioni di violenza, minaccia ed intimidazione nei confronti di altri lavoratori o del datore di lavoro, ovvero abbia inciso direttamente sulla integrità degli impianti e sulla incolumità dei colleghi ovvero ancora sia consistita in un comportamento materiale positivo di ostacolo al lavoro degli altri dipendenti, mediante fisica ostruzione alle manovre dei mezzi. In tali casi, la condotta rileva ai fini della violazione degli obblighi costituenti il contenuto del rapporto di lavoro; nella fattispecie concreta, sulla base delle risultanze istruttorie, la Corte conclude nel senso che «i licenziamenti di cui trattasi rappresentano nulla più che misure

⁸⁶ Cass. 20.4.1995 n. 4426, cit.

⁸⁷ Trib.Melfi 15.07.2011, in *Lav.giur.*, 2001, 9, 919, con nota di FERRARA, *Condotta antisindacale e licenziamento di attivisti della Fiom: la marcia indietro del Tribunale di Melfi*.

adottate per liberarsi di sindacalisti che avevano assunto posizioni di forte antagonismo, con conseguente immediato pregiudizio per l'azione e la libertà sindacale»⁸⁸.

La questione del rapporto tra sciopero e condotta antisindacale, sotto un profilo pratico, ruota soprattutto attorno alla legittimità o meno della sostituzione degli scioperanti.

Dal punto di vista legislativo la materia ha trovato un riscontro nella disciplina del lavoro interinale prima e del contratto a termine e delle nuove tipologie di lavoro (intermittente e somministrazione) introdotte dal d. lgs. 276/2003; sicché è da considerarsi un dato acquisito la non ammissibilità del ricorso all'assunzione di nuovi lavoratori per sopperire all'assenza di quelli in sciopero. Invece sono considerate legittime le forme di c.d. *crumiraggio* interno riferite, cioè, ad ipotesi in cui il datore di lavoro utilizzi le prestazioni di lavoro dei non scioperanti per sostituire coloro i quali hanno aderito allo sciopero⁸⁹.

Si è infatti sostenuto che «il diritto di iniziativa economica dell'imprenditore (art. 2082 c.c.) è costituzionalmente garantito (art. 41 cost.) e persiste anche in presenza di uno sciopero indetto dai lavoratori e dalle organizzazioni sindacali, trovando, nondimeno, in tale iniziativa - anch'essa costituzionalmente garantita (art. 4 e 40 cost.) - il suo limite; ed anzi, avendo entrambi i diritti - quello dell'iniziativa economica e quello di scioperare - un'uguale dignità essendo l'uno condizione di esistenza dell'altro (l'impresa consente il lavoro e il lavoro consente l'impresa), il limite deve intendersi reciproco: nella logica di un necessario bilanciamento, il diritto di sciopero non può dirsi leso quando il diritto di continuare l'attività produttiva sia esercitato, per limitare gli effetti negativi dell'astensione dal lavoro sulla situazione economica dell'azienda, affidando ad altri dipendenti i compiti degli addetti aderenti all'agitazione, senza che risultino violate norme poste a tutela di situazioni soggettive dei lavoratori.»⁹⁰.

La giurisprudenza ha provveduto a precisare i limiti delle facoltà datoriali affermando che il datore di lavoro, ai fini della riorganizzazione dell'attività aziendale e della prosecuzione dell'attività lavorativa durante lo sciopero, possa temporaneamente adibire il personale rimasto in servizio alle mansioni proprie degli scioperanti, essendo invece illegittime, configurando condotta antisindacale ai sensi

⁸⁸ Corte d'Appello Potenza, 23. 03.2012, in *Not.giur.lav.*, 2012, 2, 17.

⁸⁹ Cfr. SANTONI, *Lo sciopero*, Jovene, 1999, 84 ss; DE FALCO, *Diritto di sciopero e interesse dell'impresa*, Jovene, 2003, 118 Cass. 26.9.2007 n. 20164, in *Dir. e prat. lav.*, 2008, 1, 45.

⁹⁰ Cass. 16.12.2009 n. 26368, in *Guida lav.*, 2010, 6, 45.

dell'art. 28 l. n. 300, sia l'assunzione a termine di altri lavoratori per sostituire quelli scioperanti sia la corresponsione di trattamenti di miglior favore ai dipendenti disposti a sostituire quelli in sciopero⁹¹. La Corte più di recente ha precisato che il contingente affidamento delle mansioni, svolte da lavoratori in sciopero, a dipendenti non partecipanti allo sciopero, diventa illegittimo ove avvenga in violazione di una norma di legge o di norma collettiva, con la conseguente tutelabilità, da parte dei lavoratori, del loro diritto attraverso il rimedio della repressione della condotta antisindacale datoriale⁹².

Con riferimento al crumiraggio interno la principale problematica affrontata dalla giurisprudenza riguarda la possibilità di assegnare ai lavoratori chiamati a sostituire gli scioperanti mansioni inferiori a quelle di appartenenza. Da taluni si ritiene legittima l'assegnazione momentanea ed eccezionale, altri optano per la soluzione più rigorosa a rafforzamento della tutela del diritto di sciopero. Si è in proposito sostenuto⁹³ che, nel caso della proclamazione di uno sciopero da parte delle organizzazioni sindacali di categoria, non costituisce attività antisindacale la condotta del datore di lavoro che, nell'intento di limitarne le conseguenze dannose, disponga la adibizione del personale rimasto in servizio alle mansioni dei lavoratori in sciopero, anche se tale adibizione avvenga mediante l'assegnazione a mansioni inferiori. Ma secondo un più recente orientamento « il datore di lavoro può sostituire i lavoratori in sciopero con altri lavoratori non aderenti all'astensione o impiegati in settori nei quali non sia stato proclamato lo sciopero, ma la sostituzione deve essere fatta nel rispetto di quanto previsto dall'art. 2103 c.c., che consente lo svolgimento di mansioni inferiori solo incidentalmente e marginalmente per ragioni di efficienza ed economia di lavoro, o addirittura di sicurezza »⁹⁴.

Nella giurisprudenza di merito, vi sono pronunce contrastanti: infatti si è sostenuto che non essendo configurabile un obbligo di cessare l'attività produttiva durante lo sciopero, debba considerarsi legittima la condotta del datore di lavoro che, al fine di ovviare agli inconvenienti che derivano dallo sciopero stesso, adibisca a mansioni equivalenti lavoratori non scioperanti ed a mansioni anche inferiori i la-

⁹¹ Cass. 16.11.1987 n. 8401, in *Arg. dir.lav.*, 1997,6, 248.

⁹² Cass. 19.7.2011 n. 15782, in *Foro it.*, 2011, 11., 2996; Cass. 9.5.2006 n. 10624, in *Dir. rel. ind.*, 2007, 2, 509.

⁹³ Cass. 26.9.2007 n. 20164, in *Riv. it. dir. lav.* 2008, 2, 422 con nota di SITZIA; Cass. 4.7.2002 n. 9709, in *Riv. giur. lavoro*, 2003, 383, con nota di LEOTTA, *Crumiraggio e art. 2103 c.c. l'incertezza del diritto*.

⁹⁴ Cass. 3.6.2009 n. 12811, in *Guida dir.*, 2009, 25,16.

voratori che volontariamente vi si prestino⁹⁵. Altri giudici, partendo dalle premessa secondo cui deve esser tenuto presente che la legittimità degli interventi del datore di lavoro incontra un doppio limite nella necessità che gli stessi non costituiscano violazione di norme di legge e che non siano nelle circostanze concrete oggettivamente idonei a limitare la libertà sindacale o ad ostacolare il diritto di sciopero, hanno escluso la legittimità dell'adibizione a mansioni inferiori del personale chiamato a sostituire gli scioperanti, essendo lecito il demansionamento provvisorio solo in ipotesi eccezionali, non ravvisati in caso di sciopero⁹⁶.

Altra questione, affrontata in un *obiter dictum* dalla Cassazione attiene alla questione della richiesta di dichiarazione preventiva della volontà individuale di sciopero. Sul punto la Corte di legittimità ha sostenuto che il « sondaggio preventivo » non ha oggettiva valenza antisindacale valorizzando l'esigenza aziendale di prevedere gli effetti dello sciopero⁹⁷. Anche nella giurisprudenza di merito si è sostenuto che «l'invito rivolto a tutti i lavoratori a partecipare ad un incontro informativo al fine di fornire - in relazione ad uno sciopero in atto - la prospettiva aziendale in merito alla piattaforma, oggetto di trattativa e vertenza con le oo.ss., non integra gli estremi della condotta antisindacale ex art. 28 l. 20 maggio 1970 n. 300»⁹⁸.

Una delle interessanti problematiche connesse al diritto di sciopero e, segnatamente, alla sua tutela attraverso il procedimento *ex art. 28*, è quella della c.d. «astensione selettiva» relativa, cioè, allo svolgimento soltanto di una parte delle mansioni contrattualmente dovute.

A tale proposito la Cassazione in una serie di decisioni si è espressa nel senso della legittimità dello sciopero delle mansioni, prevedendo che «l'esercizio del diritto suddetto è libero nella forma, non richiedendo una sua comunicazione al datore di lavoro, né una sua formale proclamazione, e può concretarsi anche nell'astensione da una parte soltanto della prestazione lavorativa, permanendo l'esecuzione delle altre obbligazioni contrattuali, con la conseguenza che determina solo la sospensione dell'obbligazione retributiva "pro parte", riducendosi cioè questa, per il periodo della agitazione sindacale, di un importo corrispondente all'espressione in termini monetari dell'adempimento lavorativo rifiutato; e per contro qualsiasi atto del medesimo datore di lavoro diretto a impedirne o a limitar-

⁹⁵ T. Milano 9.3.2006, in *Orient. giur. lav.*, 2006, 1, 86.

⁹⁶ T. Venezia 7.7.2002, in *Riv. giur. lav.* 2002, 2, II, 384. T. Milano 26.4.2000, 3, 687.

⁹⁷ Cass. 26.9.2007 n. 20164, cit.

⁹⁸ P. Bologna 17.3.1999, *Dir. lav.* 2000, 1-2, 87.

ne o a paralizzarne l'esercizio e gli effetti, integra conseguentemente gli estremi del comportamento sanzionato dall'art. 28 dello statuto dei lavoratori »⁹⁹.

Sulla base di tale orientamento la Corte ha sancito che « poiché lo sciopero ben può legittimamente attuarsi attraverso lo svolgimento dell'attività con prestazioni ridotte rispetto alle dovute (nel caso i metronotte omettevano il rilascio alla clientela del biglietto di controllo o la ricarica degli orologi funzionalmente equivalente), tiene comportamento antisindacale l'impresa che procede in via disciplinare per questa forma di lotta »¹⁰⁰.

La suddetta impostazione ha subito ampie critiche in dottrina rilevando in essa una estrema confusione tra i limiti esterni allo sciopero (costituiti dalla tutela dei diritti pari o sovraordinati) e l'esecuzione parziale della prestazione dovuta, che altro non è che un inadempimento contrattuale, potendo il dipendente scegliere se lavorare o scioperare, ma non rendere una prestazione diversa da quella contrattualmente dovuta¹⁰¹. Considerazioni analoghe sono state espresse da chi ha sostenuto che sulla base del principio di diritto elaborato dalla Corte « sarà ben possibile d'ora innanzi dar corso solo ad una parte delle prestazioni ordinariamente commesse rifiutandone nel contempo altre »¹⁰².

Invero, anche nella giurisprudenza non sono mancate sentenze difformi nelle quali la Corte di legittimità si è espressa nel senso che « lo sciopero, anche se attuabile con diversa incidenza nel tempo e nello spazio (talché può articolarsi per settori ovvero ad intermittenza oppure ancora può essere di durata minima purché apprezzabile nell'economia del rapporto), non può però consistere in alcun comportamento diverso dal mancato espletamento della prestazione lavorativa dedotta nel rapporto. Pertanto per sciopero deve intendersi unicamente la sospensione temporanea, ma totale, dell'attività dei prestatori d'opera e non già l'astensione da taluni soltanto degli adempimenti compresi nella prestazione lavorativa, con la conseguenza che un siffatto comportamento non trova tutela nell'art. 40 cost. bensì può configurare responsabilità contrattuale e disciplinare del lavoratore »¹⁰³. Da ultimo, sebbene con un *obiter dictum* la Cassazione ha previsto che « il rifiuto di esecuzione

⁹⁹ Cass. 9.5.1984, n. 2840, in *Foro it.*, 1984, I, 2517 con nota di MAZZOTTA.

¹⁰⁰ Cass. 6.10.1999, n. 11147, in *Riv. it. dir. lav.* 2000, II, 32, con nota di PERA.

¹⁰¹ Cfr. VALLEBONA, *Sul c.d. sciopero delle mansioni*, nota a Cass. 6.10.1999, n. 11147, in *Mass. giur. lav.*, 1999, 1286.

¹⁰² Cfr. PERA, *Lo sciopero attuato con riduzione delle prestazioni dovute*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, 32..

¹⁰³ Cass. 28.3.1986, n. 2214, in *Mass. giur. lav.*, 1986, 167, con nota di PELAGGI.

ne di una parte delle mansioni, legittimamente richiedibili al lavoratore (...) non costituisce esercizio legittimo del diritto di sciopero e può configurare una responsabilità contrattuale e disciplinare del dipendente »¹⁰⁴.

Nell'ambito della giurisprudenza di merito si riscontrano differenti soluzioni: secondo un orientamento, infatti, lo sciopero delle mansioni è illegittimo¹⁰⁵, mentre in altre pronunce è considerato legittimo¹⁰⁶, in posizione intermedia si colloca la decisione che, facendo leva sull'elemento intenzionale dei lavoratori sancisce che l'astensione selettiva non è configurabile quale sciopero delle mansioni « allorché l'iniziativa adottata dai lavoratori tragga essenzialmente origine dalla presunta non riconducibilità di alcune mansioni a quelle proprie della qualifica di appartenenza »¹⁰⁷.

8. IL PROCEDIMENTO. LA LEGITTIMAZIONE AD AGIRE

La legittimazione attiva spetta agli organismi locali delle associazioni nazionali, anche se non dotate del requisito della maggiore rappresentatività previsto dall'art. 19 st. lav. I piani operativi delle due norme statutarie sono diversi in quanto l'art. 28 ha adottato un criterio meno selettivo di quello richiesto ai fini della costituzione delle rappresentanze sindacali aziendali. Così, pertanto si è affermato che la legittimazione ad agire è riconosciuta agli organismi locali delle associazioni sindacali nazionali che vi abbiano interesse anche se, diversamente da quanto previsto dall'art. 19 comma 1, lett. a) nella versione antecedente al referendum abrogativo del 1995, non maggiormente rappresentative sul piano nazionale, né intercategoriale o aderenti a confederazioni, essendo invece sufficiente il solo requisito della diffusione del sindacato¹⁰⁸ (ancorché monocraticale) sul territorio nazionale ovvero che la legittimazione attiva spetti anche al sindacato che non abbia stipulato contratti nazionali di lavoro¹⁰⁹. A tale proposito la giurisprudenza è estremamente variegata; ed infatti a volte attribuisce rilevanza alle disposizioni statutarie, richiedendo che l'associazione sia stata costituita allo scopo di tutelare e promuovere gli in-

¹⁰⁴ Cass. 25.11.2003, n. 17995, in *Dir. lav.* 2005, 2, 153 con nota di BALESTRIERI.

¹⁰⁵ T. Savona 24.7.2006 in *Redazione Giuffrè*, 2007. P. Milano 3.3.1989 in *Orient. giur. lav.* 1989, 322; P. Milano 1980, in *Orient. giur. lav.* 1981, 255.

¹⁰⁶ T. Milano 11.1.2005 in *Riv. critica dir. lav.* 2005, 136; T. Milano 27.12.2000, in *Riv. crit. Dir. lav.* 2001, 382.

¹⁰⁷ T. Massa Carrara 14.2.2008, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, 193.

¹⁰⁸ Cass. 17.10.1990 n. 10114, in *Not. giur. lav.*, 1991, I, 12.

¹⁰⁹ T. Milano, 6.9.1983, in *Orient. giur. lav.*, 1984, I, 17.

teressi dei lavoratori residenti su tutto il territorio nazionale¹¹⁰, altre volte ritiene necessario che la nazionalità debba essere verificata nella sua concreta esistenza, secondo un criterio di effettività, il che equivale al riconoscimento della capacità del sindacato di imporsi come controparte contrattuale nella regolamentazione dei rapporti lavorativi¹¹¹.

È evidente che, comunque, sia l'affiliazione alle confederazioni maggiormente rappresentative sia la sottoscrizione di contratti collettivi può costituire un apprezzabile elemento di giudizio al fine della valutazione della ricorrenza del carattere della «nazionalità» del sindacato ricorrente: in tal senso si è affermato che «ai fini del riconoscimento del carattere nazionale dell'associazione sindacale – richiesto per legittimare, a fronte di condotte lesive dei diritti sindacali, l'azione per la repressione della condotta antisindacale ex articolo 28 Stat. lav. – assume rilievo, più che la diffusione della articolazione territoriale delle strutture dell'associazione, la capacità di contrarre con la parte datoriale accordi o contratti collettivi che trovano applicazione in tutto il territorio nazionale e che non possono che essere, a loro volta, espressione di una forza e capacità negoziale comprovanti un generale e diffuso collegamento del sindacato con il contesto socio-economico dell'intero paese»¹¹².

Per quanto riguarda la nozione di «organismi locali» cui, secondo il dato letterale della disposizione è attribuita la legittimazione ad agire questi si identificano con le articolazioni più periferiche delle strutture sindacali nazionali che, di norma, corrispondono ai sindacati provinciali di categoria dotati di una soggettività propria e, come tali più vicine alle concrete situazioni di lavoro che devono essere tutelate¹¹³. Sulla base di questa impostazione è stata esclusa la c.d. «supplenza» istituzionale degli organismi di livello superiore. È stato, in proposito, affermato in dottrina¹¹⁴ che il livello di effettività al quale fa riferimento tutto l'art. 28 stat. lav. induce a ritenere preferibile che con l'espressione «organismi locali» si indichi non già l'organismo più periferico, ma quell'organismo periferico che in concreto gestisce l'attività sindacale e quindi in concreto subisce la denunciata limitazione dell'atti-

¹¹⁰ Cass. 20.4.2002, n. 5765, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, 426.

¹¹¹ Cass. 9.1.2008, n. 212, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, 3, 528; A. Milano, 14.9.2005, in *Lavoro nella giur.*, 2006, 6, 551.

¹¹² Cass. 11.1.2008, n. 520, in *Giust. civ.*, 2009, 3, 744.

¹¹³ Cass. 17.6.1998, n. 6058, cit.; T. Lecce 17.8.2003, in *Giur. merito*, 2004, 705; P. Milano 4.3.1998, in *Orient. giur. lav.*, 1998, I, 29; P. Sassari, 28.11.1994, in *Not. giurispr. lav.*, 1995, 580.

¹¹⁴ PROTO PISANI, *La partecipazione delle associazioni sindacali al processo*, in ANDRIOLI, BARONE, PEZZANO, PROTO PISANI, *Le controversie in materia di lavoro*, Bologna-Roma, 1987, 564.

vità sindacale. Specularmente la Cassazione ha ribadito che «ai fini della legittimazione ad agire con il procedimento per la repressione della condotta antisindacale, ove le previsioni statutarie dell'associazione sindacale non istituiscano direttamente determinate articolazioni locali, definendone l'organizzazione, ma si limitino a contemplare l'iniziativa di altre strutture, la circostanza che non risultino di fatto costituite strutture più periferiche rispetto a quelle regionali, vale a qualificare queste ultime come organismi locali periferici ai sensi e per gli effetti dell'art. 28 l. n. 300/1970»¹¹⁵.

Si è, inoltre, precisato che deve escludersi la legittimazione ad agire delle R.S.A. e delle R.S.U. in quanto strutture organizzative autonome di norma non inserite in maniera organica nell'associazione cui afferiscono¹¹⁶.

Non presenta particolari problemi l'individuazione della persona abilitata a rappresentare il sindacato, dovendosi, in questo caso, fare riferimento allo statuto ed essendo irrilevante l'eventuale successione di persone fisiche¹¹⁷.

Per quanto riguarda le confederazioni nazionali la giurisprudenza è orientata nel senso di escludere la legittimazione attiva ai loro organismi nazionali o locali i quali risultano anche privi di interesse ad agire non rientrando nei loro compiti istituzionali la tutela di una specifica categoria, circostanza quest'ultima che esclude altresì la legittimazione di tali organismi a spiegare nel procedimento in questione intervento *ad adiuvandum*.¹¹⁸

Un'interessante questione si è posta a proposito di un'azione diretta ad accertare la condotta antisindacale del datore di lavoro, nella fattispecie Fiat spa, proposta, però, dal sindacato nazionale, Fiom-Cgil, con ricorso ordinario. Pertanto si è trattato di una richiesta di tutela avverso comportamenti ritenuti antisindacali presentata ad di fuori del procedimento di cui all'art. 28 dello statuto dei lavoratori, e da parte di un soggetto – l'organizzazione sindacale nazionale – diverso dagli «organismi locali delle associazioni sindacali nazionali che vi abbiano interesse» cui spetta la legittimazione attiva ai sensi dello stesso art. 28.

Come è noto il Tribunale di Torino¹¹⁹ ha ammesso che la domanda possa proporsi anche in via ordinaria affermando che l'art. 28 Stat. lav. sarebbe « al tempo stes-

¹¹⁵ Cass. 24.1.2008, n. 1582, in *Guida dir.*, 2008, 10,69.

¹¹⁶ Cass. 24.1.2006, n. 1307, in *Mass. giur. lav.*, 2006, 6, 441; T. Roma 12.12.2005, cit.

¹¹⁷ Cass. 4.5.1984 n. 2720, in *Giust. civ. mass.*, 1984, fasc. 5.

¹¹⁸ Cass. 17.6.1998 n. 6058, in *Not. giur. lav.*, 1998, 544; T. Roma 12.12.2005, in *Lavoro nella giur.*, 2006, 3, 296; T. Caltagirone 26.11.2002, in *Foro it.*, 2003, I, 1072.

¹¹⁹ Trib. Torino 16.7- 14.9. 2011 n. 2583, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 1, 209.

so norma processuale e norma sostanziale» che racchiuderebbe «per un verso un insieme tipologico di condotte ritenute illegittime, in quanto lesive della libertà sindacale e del suo libero spiegarsi e, per altro verso, un particolare procedimento di tutela, con indicazione del soggetto che può ad esso accedere». Sicché la riserva della legittimazione attiva ai soli organismi locali dei sindacati nazionali opererebbe unicamente in relazione alla parte “processuale” della norma, potendo la domanda essere avanzata in via ordinaria «in tutti i casi in cui difettino le condizioni per dar corso al procedimento ex art. 28 Stat. Lav., inteso come insieme delle particolari condizioni che consentono l’accesso alla tutela sommaria» e di conseguenza «potrà allora azionare il procedimento ordinario ex art. 28 Stat. Lav., il soggetto che non si trova nella condizione di utilizzare il procedimento speciale».

Beninteso che sia possibile per il sindacato rinunciare alla fase sommaria e instaurare un giudizio in via ordinaria è assolutamente pacifico in giurisprudenza¹²⁰. La questione che si pone è se la domanda in via ordinaria possa essere proposta da un sindacato diverso – quello nazionale, appunto – dal soggetto legittimato dalla norma statutaria.

Sul punto già la Cassazione si è espressa in senso affermativo, richiamando la sentenza della Corte costituzionale n. 54 del 1974 e la successiva n. 334 del 1988 le quali, come già detto, stabiliscono che l’art. 28 Stat. lav. non limita né priva le associazioni sindacali dei mezzi di tutela, sostanziali o processuali previsti dall’ordinamento. E ciò, secondo la Corte di Cassazione, rappresenta applicazione dell’art. 39, 1° comma della Costituzione sicché «le stesse posizioni di tutela attraverso lo speciale procedimento di repressione della condotta antisindacale possono trovare tutela nel procedimento ordinario, per il quale assume rilievo condizionante il presupposto dell’interesse ad agire, secondo la regola comune dettata dall’art. 100 c.p.c.».¹²¹

Diversa è la questione relativa alle interrelazioni tra il procedimento ex art. 28 e quello promosso ai sensi degli artt. 702 bis c.p.c. e 28 del d. lgs. n.150 del 2011 quando il datore di lavoro abbia posto in essere una discriminazione nei confronti di lavoratori iscritti ad un’organizzazione sindacale. Il caso è ben noto e si inqua-

¹²⁰ Cass. 8.9.1995 n. 9503, in *Riv. giur. lav.*, 1995, II, 89; Cass. 26.01.1982, n. 515, in *Foro it.*, 1982, I, 1043.

¹²¹ Cass. 3.5.2003 n. 6723, in *Mass. giur. Lav.*, 2003, 7, 510. *Contra* cfr. VALLEBONA, *Caso Pomigliano: una sentenza paradossale*, in *Mass. giur. lav.*, 2011, 11, 806, secondo cui “l’azione per la repressione della condotta antisindacale anche se iniziata direttamente in via ordinaria rimane sempre la stessa, con le proprie regole di legittimazione ad agire e di competenza territoriale”.

dra nella complessa vicenda Fiat e riguarda la denunciata discriminazione nelle mancate assunzioni dei lavoratori iscritti alla Fiom/CGIL nello stabilimento di Pomigliano D'Arco.

La scelta tra l'uno o l'altro strumento processuale è stata dai giudici di primo¹²² e secondo grado¹²³, collegata alla formulazione della domanda, nel senso che la speciale procedura antidiscriminatoria dovrà "essere applicata in via esclusiva qualora il sindacato agisca per la tutela "dell'interesse individuale dei suoi affiliati, mentre dovrà trovare applicazione il procedimento statutario ogniqualvolta l'organizzazione sindacale faccia valere un interesse collettivo proprio ("la tutela delle prerogative sindacali"). L'argomento lascia perplessi, in quanto non sembra possibile distinguere le due posizioni, che invece risultano strettamente correlate. Nel caso di specie, ad esempio, palese era l'interesse collettivo del sindacato, il quale aveva già perduto parecchi iscritti a causa della mancata loro assunzione da parte del datore di lavoro. Sembra pertanto che i giudici abbiano dato risalto al *petitum* formale e non a quello sostanziale, la cui applicazione avrebbe potuto condurre a diversa conclusione.

9 (SEGUE) L'INTERESSE AD AGIRE

L'art. 28 stat. lav. riconosce la legittimazione ad agire agli organismi locali delle associazioni nazionali «che vi abbiano interesse». Apparentemente il requisito dell'interesse sembra riproporre la generale regola processuale posta dall'art. 101 c.p.c. secondo cui l'azione giudiziaria è riservata al titolare di un interesse giuridicamente rilevante. Al fine pertanto di attribuire un significato proprio al requisito che, altrimenti, apparirebbe pleonastico è stato ribadito che l'associazione sindacale non può agire sul mero presupposto della sua funzione generale e istituzionale di rappresentanza degli interessi collettivi dei lavoratori ma deve essere portatrice di un interesse specifico ad ottenere la repressione della condotta antisindacale del datore di lavoro lesiva delle sue libertà e prerogative¹²⁴.

¹²² Trib. Roma 21.6.2012, in *Mass. giur. lav.*, 2012, 8-9, 610, con nota di VALLEBONA, *Le discriminazioni per «convinzioni personali» comprendono anche quelle per affiliazione sindacale: un'altra inammissibile stortura a favore della Fiom-Cgil*.

¹²³ Corte d'Appello Roma 19.10.2012, in *Guida lav.*, 2012, 46, 28.

¹²⁴ Cfr. GAROFALO, *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, cit. 190; SCOGNAMIGLIO, *Condotta antisindacale*, cit. 11.

In tal senso è stato ritenuto necessario che l'associazione sindacale organizzi i lavoratori della categoria alla quale appartengono i dipendenti del datore di lavoro che pone in essere la condotta antisindacale. In assenza di tale requisito non avrebbe alcuna reale rappresentatività degli interessi collettivi lesi dalla condotta antisindacale e non potrebbe essere considerata depositaria di un interesse effettivo ad agire in giudizio per ottenerne la repressione.¹²⁵

Secondo un univoco orientamento della giurisprudenza «l'interesse dell'organismo locale di un'associazione sindacale ad agire in giudizio per la repressione della condotta antisindacale del datore di lavoro, ai sensi dell'art. 28 della legge n. 300 del 1970, non può essere limitato ai casi in cui detto comportamento coinvolga soltanto un proprio aderente o un lavoratore dell'azienda in cui detta associazione abbia propri iscritti, ma sussiste ogni volta che la condotta in questione rifletta situazioni nelle quali anche una diversa associazione sindacale può essere coinvolta, in quanto il positivo riconoscimento dell'illiceità della condotta stessa sia idoneo a soddisfare un interesse concreto di tutti i sindacati effettivamente presenti ed operanti nel contesto in cui si realizza il comportamento datoriale»¹²⁶.

Nello stesso senso si è affermato che anche un sindacato che non ha proclamato lo sciopero per la partecipazione al quale sono stati sanzionati disciplinarmente dei lavoratori ha interesse ad agire per l'accertamento della natura antisindacale delle sanzioni, in quanto l'accertamento dell'illiceità della condotta del datore di lavoro soddisfa un interesse concreto di tutti i sindacati operanti nel contesto in cui la condotta stessa è posta in essere, a prescindere dal coinvolgimento dei propri aderenti o iscritti¹²⁷.

10. (SEGUE) LA LEGITTIMAZIONE PASSIVA

La disposizione statutaria attribuisce la legittimazione passiva esclusivamente al datore di lavoro. Da questo punto di vista la fattispecie risulta più circoscritta rispetto a quella prevista dall'art. 15 dello statuto che, invece, prevede la sanzione della nullità agli atti e patti discriminatori indipendentemente dal soggetto che li abbia posti in essere e quindi anche se si tratti di un'associazione sindacale o di un gruppo organizzato di lavoratori.

¹²⁵ Cfr. GAROFALO, *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, cit. 195; Cfr. SCOGNAMIGLIO, *Condotta antisindacale*, cit. 11.

¹²⁶ Cass. 22.4.1992 n. 4839, in *Mass. giur. lav.*, 1992, 139.

¹²⁷ T. Milano 4.7.2007, in *Dir. lav.*, 2007, 3, 691.

Va, comunque, sottolineato che non è necessario che il comportamento censurato sia stato posto in essere materialmente dal datore di lavoro, non essendo richiesta espressamente la partecipazione personale del trasgressore, ben potendo il comportamento, ad esempio, essere stato posto in essere da un dipendente o da un collaboratore del datore di lavoro che agisca in suo nome e per suo conto¹²⁸ e che eserciti una frazione più o meno ampia del potere imprenditoriale¹²⁹.

Un'interessante questione ha riguardato la possibilità o meno di annoverare tra i legittimati passivamente le associazioni sindacali dei datori di lavoro. La soluzione positiva adottata da alcuni giudici di merito¹³⁰ faceva leva sulla argomentazione secondo cui la posizione di potere privato del datore di lavoro nei cui confronti sorge l'istanza di tutela subisce un indubbio rafforzamento qualora il detto potere venga esercitato non da un imprenditore isolato ma da una coalizione di imprenditori, sicché sarebbe incongruo riconoscere la tutela per il caso meno pericoloso per i beni tutelati e negarla per il caso più favorevole. Tuttavia siffatta impostazione oltre a porsi in contrasto con la lettera della legge ne viola la *ratio* che consiste nell'attribuire al sindacato una speciale tutela nel conflitto tra sindacato e datore di lavoro, lasciando la soluzione dei conflitti tra organizzazioni sindacali ai rapporti di forza tra loro esistenti¹³¹. Sicché, come affermato dalla giurisprudenza prevalente la norma di cui all'art. 28 stat. lav. non può essere invocata per la repressione di comportamenti che, nella composizione di conflitti di lavoro e nell'esercizio dell'autonomia collettiva, le associazioni sindacali dei datori di lavoro abbiano assunto nei confronti delle organizzazioni sindacali dei lavoratori¹³².

Per quanto, poi, riguarda l'esatta individuazione della persona nei confronti della quale debba essere azionata la pretesa, si ritiene che, a parte la legittimazione passiva del rappresentante legale, l'azione possa essere proposta contro il gestore effettivo o rappresentante di fatto dell'azienda, anche in ipotesi in cui quest'ultimo non rivesta la qualifica formale di datore di lavoro¹³³.

¹²⁸ Cfr. GAROFALO, *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, cit. 62; Cfr. SCOGNAMIGLIO, *Condotta antisindacale*, cit.9;

¹²⁹ Cfr. CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *Il diritto sindacale*, Torino, 2006, 131.

¹³⁰ P. Livorno 4.4.1996, in *Lavoro nella .giur.*, 1996, 653; P. Milano 20.11.1970, in *Riv. dir. proc.*, 1971, 324.

¹³¹ Cfr. SILVESTRI, TARUFFO, *Condotta antisindacale*, II) Procedimento di repressione della condotta antisindacale, cit., 5; VACCARELLA, *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, Milano, 1977, 151.

¹³² Cass. 13.8.1981 n. 4906, in *Mass. giur. lav.*, 1981, 712; P. Roma 26.7.1991, in *Foro it.*, 1992, I, 254.

¹³³ P. Bari 22.12.1984, in *Riv. giur. lav.*, II, 243.

11 (SEGUE) LA FASE SOMMARIA

Per l'art. 28 stat. lav. il legislatore ha previsto un procedimento sommario e, dunque, a cognizione non piena, costruito su una minima istruttoria e da concludersi nel termine breve, ancorché ordinatorio, di due giorni con un decreto suscettibile di divenire immodificabile se non impugnato con il previsto giudizio di opposizione.

La competenza territoriale si determina con riguardo al luogo in cui è stata posta in essere la condotta denunciata come antisindacale a prescindere dal luogo o dai luoghi nei quali siano per verificarsi o si siano verificati i relativi effetti¹³⁴. Né rileva il diverso luogo ove il datore di lavoro abbia sede¹³⁵ o l'impresa sia iscritta alla camera di commercio¹³⁶, né il luogo ove la condotta denunciata è stata deliberata¹³⁷, né quello nel quale il lavoratore sia stato antisindacalmente trasferito¹³⁸.

In ipotesi, poi, di una pluralità di violazioni è ritenuto sufficiente, applicando anche il criterio dell'economia processuale, che il giudice adito sia territorialmente competente anche per uno solo degli episodi di condotta antisindacale denunciati¹³⁹.

Una volta individuata la competenza territoriale ha carattere di inderogabilità e tale carattere riguarda non solo la fase sommaria ma anche l'eventuale fase successiva di opposizione e il suo difetto è rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio¹⁴⁰.

La forma dell'atto introduttivo è il ricorso il quale quanto al contenuto deve indicare il convenuto, l'oggetto e le ragioni poste a fondamento della domanda e cioè la condotta antisindacale denunciata e il provvedimento richiesto. Si ritiene, però che l'oggetto della domanda possa essere identificato anche attraverso l'indicazione del provvedimento richiesto¹⁴¹ e che l'indicazione dei fatti non sia vincolante o preclusiva potendo il giudice tenere conto anche di fatti successivi o emersi successivamente alla proposizione del ricorso perché su di essi si sia rispettata la regola

¹³⁴ Cass. 26.3.1993 n. 3622, in *Mass. giur. lav.*, 1993, 392.

¹³⁵ P. Milano 10.11.1983, in *Lavoro*80, 1983, 265.

¹³⁶ Cass. 8.1.1979 n. 83, in *Foro it.*, 1979, I, 656.

¹³⁷ Cass. 2.5.1994 n. 4220, in *Giust. civ. mass.*, 1994, 590; T. Brindisi, 21.8. 2003, in *Giur. merito*, 2004, 1368.

¹³⁸ P. Roma 15.2.1993, in *Dir. pratica lav.*, 1993, 1352.

¹³⁹ Cass. 10.2.1984 n. 1048, in *Not. giurispr lav.*, 1984, 444.

¹⁴⁰ Cass. 22.10.1983 n. 6216, in *Giust. civ.*, 1984, I, 1864.

¹⁴¹ Cfr. VACCARELLA, *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, cit. 140; PAPALEONI, *Repressione della condotta antisindacale*, cit. 357.

del contraddittorio¹⁴². In considerazione del carattere sommario del procedimento non è applicabile il meccanismo delle preclusioni previsto dall'art. 414 cpc in base al quale, a pena di decadenza, il ricorso deve contenere l'esatta individuazione dei mezzi di prova¹⁴³.

Per quanto riguarda la fase avanti il giudice, questo deve innanzitutto procedere alla convocazione del datore di lavoro fissando con decreto l'udienza di comparizione delle parti. In assenza di indicazioni nella norma su come attuare il contraddittorio va da sé che debba essere garantito secondo modalità compatibili con la particolare struttura del rito¹⁴⁴; così la convocazione delle parti potrà avvenire con i mezzi più idonei al raggiungimento dello scopo¹⁴⁵ fino ad ammettere che qualora per ragioni di urgenza non sia possibile affidarsi all'ordinario sistema di notificazione ad opera della parte ricorrente del ricorso unitamente al decreto di fissazione d'udienza, questa potrà essere effettuata anche tramite polizia giudiziaria o mediante telefono¹⁴⁶.

In ordine, poi, ai poteri istruttori del giudice, la norma espressamente prevede che l'organo giudicante abbia il potere di assumere informazioni, con ciò mettendo in evidenza la condizione minima in base alla quale il provvedimento finale debba essere pronunciato¹⁴⁷: ciò implica che il giudice possa acquisire mezzi di prova al di fuori di quelli tipici previsti dal codice civile e dal codice di procedura civile; l'istruzione, pertanto, è caratterizzata dalla più ampia libertà di iniziativa del giudice, sia nella determinazione delle prove da assumere, sia nella fissazione delle modalità per la loro acquisizione, con l'unico limite del rispetto del contraddittorio.

12 (SEGUE) IL PROVVEDIMENTO DEL GIUDICE

Il provvedimento con cui si conclude il procedimento, sia in caso di accoglimento che di rigetto del ricorso *ex art. 28*, ha la forma del decreto motivato, normalmente pronunciato fuori dall'udienza, ammettendosi, però, la possibilità della sua lettura in udienza che, comunque, non può essere considerata un equipollente della

¹⁴² Cfr. VACCARELLA, *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, cit. 141.

¹⁴³ PROTO PISANI, *La partecipazione delle associazioni sindacali al processo*, cit., 570.

¹⁴⁴ PAPALEONI, *Repressione della condotta antisindacale*, cit. 357.

¹⁴⁵ Cfr. VACCARELLA, *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, cit. 18.

¹⁴⁶ PROTO PISANI, *La partecipazione delle associazioni sindacali al processo*, cit., 570; *contra* VACCARELLA, *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, cit. 159.

¹⁴⁷ PAPALEONI, *Repressione della condotta antisindacale*, cit. 360; SILVESTRI, TARUFFO, *Condotta antisindacale*, II) Procedimento di repressione della condotta antisindacale, cit. 7.

comunicazione dello stesso alle parti prevista dagli artt. 136 cpc e 45 disp. att. cpc. ai fini del decorso del termine per l'opposizione al decreto atteso che il decorso del predetto termine non può prescindere dalla consegna alla parte di un documento che contenga il provvedimento¹⁴⁸.

In riferimento, poi, al contenuto del decreto, la sanzione prevista dal legislatore è da considerarsi atipica sotto il profilo strutturale¹⁴⁹ e determinata in ordine al fine da realizzare. In caso di accoglimento disporrà la cessazione della condotta antisindacale e la rimozione degli effetti realizzando, pertanto, nel primo caso una pronuncia di carattere inibitorio in maniera da impedire che l'accertata antisindacalità comporti ulteriori conseguenze lesive e nel secondo caso una pronuncia di condanna, rivolta a realizzare la reintegrazione dei beni-interessi lesi del sindacato.

Uno dei problemi che hanno attratto la dottrina riguarda la necessità o meno che il decreto contenga entrambe le statuizioni, o, in altre parole, se esso possa contenere solo l'inibitoria o solo la condanna alla rimozione degli effetti. Orbene, mentre non si dubita della seconda ipotesi che si realizza necessariamente tutte le volte in cui la condotta antisindacale si esaurisce *uno actu* come in ipotesi di rifiuto all'indizione di un'assemblea richiesta ad una data e ad un'ora determinata¹⁵⁰, si riscontrano, invece, due orientamenti a proposito della possibilità che il decreto contenga soltanto l'ordine di cessazione della condanna antisindacale e non anche la condanna per la rimozione degli effetti; vi è, infatti, chi nega questa possibilità sulla base della carenza di interesse del sindacato ad agire in mancanza di effetti da rimuovere¹⁵¹, e chi invece, ritiene che l'interesse del sindacato sia adeguatamente tutelato dal solo ordine di cessazione della condotta antisindacale¹⁵².

Altro problema riguarda la possibilità o meno di una sentenza meramente dichiarativa che cioè si limiti ad accertare la situazione di antisindacalità senza, però, contenere ordini inibitori e/o di condanna.

¹⁴⁸ Cass. 7.2.1992 n. 1343, in *Not. giurispr.lav.*, 1992, 478.

¹⁴⁹ CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *Diritto del lavoro*, I. *Il diritto sindacale*, Torino, 2006, 140.

¹⁵⁰ SILVESTRI, TARUFFO, *Condotta antisindacale*, II) Procedimento di repressione della condotta antisindacale, cit. 8.

¹⁵¹ GAROFALO, *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, cit. 213.

¹⁵² PERSIANI, *Condotta antisindacale, interesse del sindacato, interesse collettivo e interesse individuale dei lavoratori*, in *Pol. dir.* 1971, 560; SILVESTRI, TARUFFO, *Condotta antisindacale*, II) Procedimento di repressione della condotta antisindacale, cit. 8.

L'opinione prevale è contraria tendendo il procedimento *ex art.* 28 all'emanazione di una pronuncia costitutiva¹⁵³, anche se si può rilevare come sebbene la lettera della legge deponga in questo senso non è del tutto fuor di luogo ipotizzare un possibile interesse del sindacato e un'utilità di una sentenza di mero accertamento che non abbia come oggetto quello di inibire la condotta antisindacale o di rimuoverne gli effetti, come ad esempio in ipotesi in cui si tratti di una condotta già esaurita e per la quale, dunque, non sia più possibile l'ordine di cessazione della condotta ovvero i suoi effetti non possano essere rimossi in quanto non sia più possibile la «rimessa in pristino» della situazione giuridica lesa¹⁵⁴.

Non v'è dubbio che in tal caso possa essere utile un provvedimento che stigmatizzi quella condotta come antisindacale. D'altro canto, secondo l'orientamento maturato nell'ambito della tutela giurisdizionale dei diritti, l'interesse ad agire con azione di mero accertamento sussiste ogni volta che ricorra una pregiudizievole situazione di incertezza relativamente a diritti o rapporti giuridici e, dunque, in ordine ad una situazione giuridicamente rilevante, che non sia eliminabile senza l'intervento del giudice.¹⁵⁵ Alcune sentenze «possibiliste» hanno considerato ammissibile la pronuncia di mero accertamento ma solo su espressa richiesta delle parti e sempre che residuino effetti pregiudizievoli della condotta del datore di lavoro¹⁵⁶.

13. IL GIUDIZIO DI OPPOSIZIONE

Contro il decreto emanato dal giudice a conclusione della procedura può essere proposta opposizione innanzi al giudice di pari grado entro quindici giorni dalla sua comunicazione, il quale decide con sentenza ricorribile in appello.

Per quanto riguarda la natura del giudizio di opposizione, questo si distingue dalla fase sommaria, trattandosi, invece, di un procedimento a cognizione piena. Coerentemente con questa impostazione si è affermato che i fatti dedotti o comunque acquisiti nel procedimento sommario costituiscono un limite alla cognizione del giudice della successiva fase di opposizione, che deve riguardare la condotta illecita originariamente denunciata; il giudice dell'opposizione può tuttavia tener

¹⁵³ Cass. 19.8.1987 n. 6946, in *Giust. civ. mass.*, 1987, fasc. 8-9; P. Milano 12.12.1994, in *Orient. giur. lav.*, 1994, 736; T. Nuoro 22.11.2007, in *Lav. pubbl. amm.*, 2007, 6, 1204.

¹⁵⁴ PROTO PISANI, *La partecipazione delle associazioni sindacali al processo*, cit. 575.

¹⁵⁵ Cfr. Cass. 4.6.2004 n. 10661, in *Mass. giur. lav.*, 2004, pag. 751; Cass. 15.12.1999, n. 14134, in *Mass. giur. it.*, 1999.

¹⁵⁶ Cass. 29.11.1983, n. 7181, in *Riv. it. dir. lav.*, 1984, II, 646.

conto di episodi non denunciati in ricorso ma dedotti successivamente - che rappresentino la continuazione o il necessario collegamento di quelli in precedenza allegati, al solo fine di confermare, con l'ottenuto risultato, la condotta già individuata come diretta a quel compimento¹⁵⁷.

L'oggetto del giudizio di opposizione è determinato dalle contestazione al decreto che ha concluso la fase sommaria. Di conseguenza il ricorso introduttivo dovrà indicare in maniera specifica l'oggetto della contestazione, ritenendosi coperti da acquiescenza quelle parti del decreto su cui non si siano rivolte apposite doglianze¹⁵⁸.

L'opposizione può essere proposta anche contro il decreto di rigetto¹⁵⁹ e legittimata all'opposizione è, in tal caso, l'associazione sindacale parte ricorrente nella fase sommaria. Viceversa, in caso di opposizione al decreto di accoglimento legittimato ad agire sarà il datore di lavoro inizialmente convenuto¹⁶⁰.

14. LE SANZIONI PREVISTE PER L'INOSSERVANZA DELL'ORDINE DEL GIUDICE

Al fine di rafforzare l'effettività dell'ordine del giudice che dispone la cessazione della condotta antisindacale e la rimozione dei suoi effetti, l'art. 28 stat. lav. prevede una sanzione penale correlata all'inottemperanza del provvedimento da parte del datore di lavoro, con espresso richiamo all'art. 650 c.p.

Il legislatore ha, pertanto, voluto accordare all'interesse sindacale un'ulteriore tutela: è, infatti, evidente che qualora l'ordine del giudice imponga al datore di lavoro un dare oppure un fare fungibile, sarà ben possibile procedere mediante l'esecuzione forzata civilistica, mentre quando si tratta di un fare o un non fare infungibile, la previsione della sanzione penale costituisce una forte misura coercitiva indiretta per il datore di lavoro¹⁶¹. Appare chiaro che il bene in tal modo protetto è l'esecutività del decreto o della sentenza, quindi, una successiva riforma del provvedimento non eseguito dal datore di lavoro non esclude la sua responsabilità penale, poiché il reato sarebbe già stato commesso a causa della sua inosservanza.

L'aspetto più problematico della disposizione riguarda i rapporti tra giudizio penale e procedimento *ex art. 28 stat. lav.* ed investe tanto i limiti e la natura del con-

¹⁵⁷ Cass. 23.3.1994 n. 2808, in *Giust. civ.*, 1994, I, 2205.

¹⁵⁸ VACCARELLA, *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, cit., 225.

¹⁵⁹ P. Catania 31.7.1982, in *Dir. lav.*, 1984, II, 78.

¹⁶⁰ Cass. 5.11.1991 n. 11769, in *Orient. giur. lav.*, 1992, I, 249.

¹⁶¹ P. Alessano, 23.10.1982, in *Orient. giur. lav.*, 1983, 695.

trollo che il giudice penale può esercitare sul provvedimento quanto l'esatta definizione delle fattispecie rilevanti ai fini dell'applicazione della sanzione penale.

A tale proposito si ritiene che il controllo del giudice riguardi solo la legalità del provvedimento escludendo ogni sindacato sul merito dello stesso¹⁶², sicché il giudice dovrà controllare la conformità del provvedimento alle regole che riguardano la sua formazione. Così, ad esempio il reato non sarà sussistente qualora il decreto del giudice sia da considerarsi inesistente per irregolare costituzione del contraddittorio oppure contenga un'inammissibile condanna in futuro.

In ordine alle sanzioni previste per l'inottemperanza al decreto va ricordato, altresì, che l'art. 7 comma 7° della legge 23 dicembre 2000 n. 388 dispone a carico del datore condannato per condotta antisindacale la revoca delle agevolazioni fiscali concesse per incentivare l'occupazione.

15. CONDOTTA ANTISINDACALE E PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI

Nel pubblico impiego la questione relativa alla repressione della condotta antisindacale è stata oggetto di una interessante evoluzione determinata da una rilevante produzione normativa e da una complessa elaborazione giurisprudenziale.¹⁶³

Ed infatti in un primo momento, sulla base dell'art. 37 st. lav. si escluse l'applicabilità dell'art. 28 ai rapporti di pubblico impiego riguardanti lo Stato¹⁶⁴ ammettendo, però, la possibilità per i sindacati di avvalersi della procedura nei confronti di enti pubblici non economici.

Questo orientamento trovava conferma in una sentenza della Corte Costituzionale¹⁶⁵ con cui la Consulta osservava che l'esclusione dell'impiego statale dall'ambito di applicazione dello statuto trovava giustificazione nelle «persistenti peculiarità» che ancora caratterizzavano in quegli anni la disciplina dell'impiego statale.

¹⁶² GAROFALO, *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, cit., 264. Cass 18.12.1972 n. 4327 in *Foro it.*, 1973 II 2, 76.

¹⁶³ In dottrina cfr. ESPOSITO, *La condotta antisindacale nelle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2008; LUNARDON, *La condotta antisindacale nel pubblico impiego. Profili sostanziali e procedurali*, in CARINCI, ZOPPOLI, (a cura di) *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2004, 307 ss.; ASSANTI, *Condotta antisindacale nel pubblico impiego*, in *Enc.Dir., Aggiornamento*, I, Milano, 373 ss.; RUSCIANO, *La condotta antisindacale della pubblica amministrazione*, in *Lav. dir.*, 1992, 21; M. G. GAROFALO, *Impiego pubblico e comportamento antisindacale*, in *riv. giur. lav.*, 1985, 135.

¹⁶⁴ Cass. 20.5.1976 n. 118 in *Giust. civ.*, 1976, I, 861; Cass. 8.4.1975 n. 1267, in *Dir. lav.* 1975, II, 369.

¹⁶⁵ C. Cost. 5.5.1980 n. 68, in *Giust. civ.*, 1980, II, 647..

Il quadro così ottenuto, pertanto, faceva sì che si dovesse distinguere da un lato tra Stato ed altri enti pubblici e, all'interno di questi ultimi tra enti pubblici economici e no, e, dall'altro, in ordine alle conseguenze del comportamento datoriale posto in essere tra lesione di diritti ed interessi del sindacato (cd. diritti sindacali in senso stretto) e lesioni di diritti ed interessi connessi a posizioni individuali del singolo lavoratore che abbiano prodotto effetti antisindacali indiretti¹⁶⁶. Pertanto sulla base di diverse decisioni della Corte di Cassazione¹⁶⁷ si era pervenuti alla elaborazione di alcuni criteri: in caso di un comportamento antisindacale posto in essere da una pubblica amministrazione (diversa dallo Stato) che avesse riguardo i diritti sindacali in senso stretto poteva essere esperita un'azione avanti il giudice ordinario fuori dal procedimento delineato dall'art. 28 st. lav., mentre nel rapporto di impiego con gli enti pubblici economici la tutela dei diritti suddetti si considerava azionabile avanti il giudice del lavoro; in caso, invece, di comportamenti plurioffensivi le associazioni sindacali dei dipendenti pubblici sia dello stato che degli enti pubblici non economici avevano azione avanti il giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva sul presupposto che la controversia aveva oggetto diritti attinenti al rapporto di impiego pubblico.

La situazione ha subito una modifica con l'art. 6 della l. n. 146 del 1990 che integrando l'art. 28 st. lav. con l'introduzione di due nuovi commi, il 6° ed il 7°, ha sancito che la giurisdizione in materia di comportamento antisindacale dello Stato o di altro ente pubblico non economico appartiene al giudice del lavoro, mentre il relativo procedimento è azionabile innanzi il giudice amministrativo qualora da tale condotta consegua anche la lesione di situazioni giuridiche individuali concernenti la sfera del lavoratore e le organizzazioni sindacali intendano ottenere la rimozione di detti effetti lesivi¹⁶⁸.

La l. n. 146/1990 con l'art. 7 aveva anche provveduto ad aggiungere alla nuova disciplina una specifica disposizione che contemplava la possibilità di utilizzare l'art. 28 anche nel caso di inottemperanza agli obblighi previsti dai contratti collettivi a favore dei sindacati dei lavoratori¹⁶⁹.

¹⁶⁶ LUNARDON, *Condotta antisindacale, rapporti di lavoro non privatizzati e giurisdizione ordinaria*, in *Lavoro pubbl. amm.* 2003, 3-4, 531.

¹⁶⁷ Cass 12.12.1989 n. 5524 in *Dir. e prat. Lav.*, 1990, I, 432; Cass. 28.11.1990 n. 11461, in *Riv. it. dir. lav.*, 1991, II, 887; Cass. 21.5.1986, n. 3371, in *Giust. civ.*, 1986, I, 2806; Cass. 26.7.1984 nn. 4411, 4399, 4397, 4390, 4389, 4387, 4386, in *Foro it.* 1984, I, 2105.

¹⁶⁸ Cass. 29.10.1992 n. 11783, in *Foro it.*, 1993, I, 816.

¹⁶⁹ GARILLI, *le innovazioni in materia di repressione della condotta antisindacale*, in TREU, ROCCELLA, GARILLI, PASCUCCHI, *Sciopero e servizi essenziali. Commentario sistematico alla l. 12 giugno 1990, n.*

Avviato il processo di privatizzazione del pubblico impiego la situazione si è ulteriormente modificata con il d. lgs. n. 29/1993 per come modificato dal d. lgs. n. 546/1993, il cui art. 68 ha devoluto al giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro tra le controversie attinenti il rapporto di lavoro la materia dei «diritti sindacali, comportamenti diretti ad impedire o limitare l'esercizio delle libertà e dell'attività sindacale, nonché del diritto di sciopero e violazioni di clausole concernenti i diritti e l'attività del sindacato contenute nei contratti collettivi». Detta norma ha poi trovato consacrazione nell'art. 63 del d. lgs. n. 165/2001 che ha anche fugato ogni dubbio interpretativo in merito ad una possibile sopravvivenza di una competenza residuale del giudice amministrativo prevedendo testualmente che siano devolute «al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, le controversie relative a comportamenti antisindacali delle pubbliche amministrazioni, ai sensi dell'art. 28 della l. 20-5-1970, n. 300».

La norma sopracitata per la sua formulazione di carattere generale sembrerebbe applicabile a tutti dipendenti del pubblico impiego, compresi quelli non privatizzati le cui controversie, ai sensi del primo comma dello stesso articolo, sono devolute alla giurisdizione amministrativa

A tale proposito parte della dottrina ha sostenuto la tesi dell'abrogazione tacita degli ultimi due commi dell'art. 28 Stat. lav., introdotti dalla l. n. 146/1990¹⁷⁰. Secondo, invece, un'altra prospettazione la norma in questione non avrebbe prodotto alcun effetto abrogativo, rappresentando il mancato richiamo all'ambito soggettivo della privatizzazione una semplice svista del legislatore superabile attraverso meccanismi di interpretazione sistematica¹⁷¹.

La legge di modifica dello sciopero nei servizi pubblici essenziali (l. n. 83/2000) con l'art. 4 ha abrogato i commi sesto e settimo della norma, con ciò, facendo propendere verso la prima delle soluzioni prospettate, facendo ritenere, cioè, che al giudice ordinario vada riconosciuta competenza a conoscere delle controversie relative a comportamenti antisindacali poste in essere dal datore di lavoro

146., Padova, 1991, 195.

¹⁷⁰ D'ANTONA, *Contratto collettivo, sindacati e processo del lavoro dopo la «seconda privatizzazione» del pubblico impiego (osservazioni sui d. lgs. n. 396/1997, n. 80/1998 e n. 387/1998)*, in *Foro it.*, 1999, I, 629; TRISORIO LIUZZI, *Controversie relative ai rapporti di lavoro*, in CARINCI-D'ANTONA, (diretta da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, Commentario*, Milano, 2000, 1848.

¹⁷¹ SASSANI, *Il passaggio alla giurisdizione ordinaria del contenzioso sul pubblico impiego: poteri del giudice, esecuzione della sentenza, comportamento antisindacale, contratti collettivi in Cassazione*, in PERONE- SASSANI, *Processo del lavoro e rapporto di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Padova, 1999, 17.

pubblico, senza alcuna distinzione tra privatizzazione o meno del settore considerato.

Invero, sulla norma è stata sollevata questione di legittimità costituzionale nella parte in cui non devolve al giudice amministrativo le controversie relative a comportamenti antisindacali delle pubbliche amministrazioni, quando si tratti di comportamenti lesivi anche di situazioni soggettive inerenti a rapporti di impiego del personale in regime di diritto pubblico.

A tale proposito la Corte Costituzionale ha dichiarato la questione manifestamente infondata, in quanto il criterio di riparto della giurisdizione, introdotto dall'art. 6 l. n. 146 del 1990 e successivamente espressamente abrogato ad opera dell'art. 4 l. n. 83 del 2000, non fa sorgere questione di legittimità costituzionale, ma, unicamente, di interpretazione sistematica della norma denunciata, essendo possibile sia un'interpretazione «pan pubblicistica» secondo la quale l'art. 63, comma 4, d.lg. n. 165 del 2001, varrebbe a devolvere tuttora al giudice amministrativo tutte "le controversie relative ai rapporti di lavoro di cui all'art. 3", e, quindi, anche l'azione ex art. 28 st.lav. che quei rapporti di lavoro coinvolga, sia un'interpretazione secondo la quale l'abrogazione del citato art. 6 comma 1, l. n. 146 del 1990, comporterebbe in ogni caso la devoluzione al giudice ordinario dell'azione ex art. 28 st. lav. promossa dall'organizzazione sindacale, anche se tale azione incidesse, attraverso la richiesta di rimozione degli effetti del comportamento antisindacale, su rapporti di lavoro non "privatizzati", mentre il pubblico dipendente potrebbe far valere la sua situazione soggettiva individuale davanti al giudice amministrativo ex art. 63, comma 4, cit.

Entrambe tali interpretazioni, secondo la Corte, risolvono alla radice i problemi sollevati dal giudice rimettente in quanto la prima comporta il persistere della situazione preesistente alla legge n. 83 del 2000, e la seconda, implica o una prevenzione del paventato conflitto di giudicati, attraverso il coordinamento, ex art. 295 c.p.c., dell'azione individuale con quella promossa dal sindacato, ovvero la radicale negazione di ogni possibilità di conflitto pratico di giudicati, riconoscendo la totale autonomia delle due azioni in quanto volte a tutelare distinte situazioni sostanziali, sicché deve escludersi la violazione dei parametri evocati, prospettata sulla premessa che una disciplina irragionevolmente inidonea a prevenire conflitti pratici di giudicati si risolva in una compressione del diritto di difesa ed in un'arbitraria individuazione del giudice munito di giurisdizione¹⁷².

¹⁷² C. Cost. 24 aprile 2003 n. 143, in *Lav. pubbl. amm.*, 2003, 3-4, 523.

In verità la decisione della Corte Costituzionale, proprio perché prospetta più criteri interpretativi in luogo di risolvere gli interrogativi posti dalla norma, ha, invece, contribuito ad intralciare la formazione di orientamenti giurisprudenziali uniformi e tendenzialmente solidi.

Un ulteriore tassello nel percorso riguardante le controversie concernenti le condotte antisindacali plurioffensive nel pubblico impiego non privatizzato è rappresentato dalla relazione di sintesi di un'apposita Commissione di studio istituita dai Presidenti di Cassazione e Consiglio di Stato dell'11 dicembre 2003, per l'approfondimento di problemi di maggiore rilievo in tema di riparto di giurisdizione, nella quale si considerava preferibile la prima delle soluzioni avanzate dalla Corte Costituzionale in quanto «evita l'aporia della dislocazione davanti a due giudici diversi di controversie volte ad incidere sulla sorte di atti di gestione del rapporto di lavoro che conservano carattere pubblicistico, a seconda che l'impugnativa venga proposta dal singolo lavoratore, ovvero dall'associazione sindacale»¹⁷³.

Sulla base di tale indicazione la giurisprudenza di merito ha affermato che la giurisdizione del giudice del lavoro sui comportamenti antisindacali permane anche in presenza di rapporti di lavoro sottratti a quest'ultimo ma soltanto in ipotesi di condotte che ledano i diritti sindacali in senso stretto e che in quanto tali non si riverberino sulla posizione di un singolo dipendente, poiché in quest'ultimo caso la giurisdizione non può che spettare al giudice amministrativo¹⁷⁴. La questione è stata, poi, ribaltata dalle SS.UU. della Corte di Cassazione cui è stato rivolto il regolamento preventivo di giurisdizione, che hanno affermato la giurisdizione esclusiva del giudice ordinario. In particolare si legge nell'ordinanza che con l'espressa abrogazione del settimo comma dell'art. 28 St. lav., ad opera della l. n. 83/2000 «il legislatore ordinario ha “fatto pulizia” esprimendo la volontà che la regola della giurisdizione in materia di controversie promosse da sindacati ed aventi oggetto condotte antisindacali di pubbliche amministrazioni sia solo quella – netta e chiara – del d. lgs. n. 165 del 2001, art. 63, co. 3».¹⁷⁵

Sancita definitivamente la trasposizione del procedimento per la repressione della condotta antisindacale nell'ambito delle relazioni collettive governate dal d. lgs. n. 165/2001, questo, tuttavia, presenta caratteri specifici e peculiari derivanti dalla

¹⁷³ In *Foro it.*, 2004, 4, V, 39.

¹⁷⁴ T. Roma 15.12.2008, T. Roma 2.2.2009, in *Mass. giur.lav.*, 2009, 6, 405, con nota di BAUZULLI, *La giurisdizione sulla condotta antisindacale plurioffensiva nel lavoro pubblico non privatizzato*.

¹⁷⁵ Cass. SS.UU. 24.9.2010 n. 20161, in *Arg. dir. lav.*, 2011, 4-5, 1022, con nota di RICCOBONO, *Condotta antisindacale e riparto di giurisdizione nell'impiego pubblico non privatizzato*.

necessità di dovere valutare l'esercizio dei diritti sindacali e la loro tutela alla luce degli interessi generali della collettività di cui la pubblica amministrazione, ancorché datrice di lavoro, è portatrice.

Tuttavia una lettura “funzionalizzata” dell'azione sindacale ad un più corretto esercizio (anch'esso funzionalizzato) dei poteri organizzativi datoriali delle pubbliche amministrazioni ha spinto, di recente, un giudice di merito ad individuare un limite ai diritti di partecipazione sindacale pur in presenza di un'esplicita norma di legge che espressamente li prevedeva, affermando che «non costituisce condotta antisindacale la stipula di contratti di lavoro flessibile senza il preventivo accordo con le OO.SS., pur in presenza di una norma di legge che abbia previsto – nella concreta fattispecie – tale intesa sindacale. La disposizione legislativa regionale che ha introdotto questo rinvio alla contrattazione collettiva, infatti, deve essere interpretata in senso restrittivo, come obbligo del comune interessato di ricercare l'accordo con le OO.SS., senza però essere poi impedito alla stipula dall'eventuale dissenso delle medesime»¹⁷⁶.

Orbene la comprensibile esigenza della ricerca di un necessario temperamento tra la tutela dei diritti sindacali e l'osservanza delle regole di funzionamento della pubblica amministrazione non pare che possa giungere fino a giustificare una così aperta violazione della lettera della disposizione normativa, vanificando un potere espressamente attribuito al sindacato dalla legge.

Altra questione affrontata dalla giurisprudenza di merito attiene alla legittimazione ad agire: se cioè nell'ambito del pubblico impiego in luogo della regola prevista dall'art. 28 che attribuisce la legittimazione alle articolazioni più periferiche delle strutture sindacali nazionali si debba fare riferimento ai criteri di rappresentatività dettati dagli artt. 42 e 43 del d. lgs. 165/2001 secondo i quali la maggiore rappresentatività ai fini dell'accesso alla contrattazione è data dal fatto che l'organizzazione sindacale abbia nel comparto o nell'area una rappresentatività non inferiore al 5% «considerando a tal fine la media tra il dato associativo ed il dato elettorale». In verità, come già detto, l'art. 63 del d. lgs. n. 165/2001 opera un rinvio generalizzato all'art. 28 st. lav. senza effettuare alcuna differenziazione di disciplina, ma, in ogni caso, l'art. 42 del d. lgs. n. 165/2001 non contempla, in alcun modo, a garanzia delle rappresentanze sindacali costituite ai sensi dell'art. 19 st. lav., l'art. 28, ma fa esclusivo riferimento agli artt. 23, 24 e 30 della medesima legge.

¹⁷⁶ T. Termini Imprese 2.4.2009, in *Lavoro pubbl. amm.* 2009, 2, 339.

Ne discende che anche nell'ambito del pubblico impiego, la legittimazione ad agire per la repressione della condotta antisindacale del datore di lavoro «deve essere determinata secondo i criteri delineati dall'art. 28 citato, non essendo necessario il riferimento ai differenti criteri, delineati ai fini della contrattazione collettiva, previsti dall'art. 43 del Testo Unico sul pubblico impiego»¹⁷⁷

Un'ulteriore questione riguarda la legittimazione passiva: A tale proposito la Corte di legittimità si è espressa individuandola nei dirigenti generali delle pubbliche amministrazioni i quali sulla base dell'art. 16 del d. lgs. n. 165/2001 «promuovono e resistono alle liti ed hanno il potere di conciliare e transigere » nelle controversie riguardanti l'amministrazione cui sono proposti¹⁷⁸. Tuttavia si segnala una recente sentenza della Cassazione secondo cui « con riferimento al rapporto di pubblico impiego privatizzato, la domanda di repressione della condotta antisindacale, ex art. 28 della legge n. 300 del 1970, va proposta nei confronti della P.A. intesa impersonalmente e non verso il singolo dirigente o funzionario autore della condotta contestata¹⁷⁹. Nella fattispecie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto non legittimato passivamente in proprio il soggetto che all'epoca dei fatti denunciati era dirigente titolare di un istituto scolastico comprensivo, essendo per converso legittimata l'amministrazione scolastica, sebbene rappresentata da un nuovo dirigente diverso da quello cui veniva contestato materialmente il comportamento antisindacale.

Un aspetto non secondario riguarda la possibilità di considerare quali legittimati passivamente amministrazioni pubbliche (od organi di amministrazioni pubbliche) che formalmente non rivestono la qualifica di datore di lavoro. A tale proposito la dottrina propende per un'applicazione letterale della norma secondo la quale unico soggetto legittimato passivamente nel ricorso ex art. 28 Stat. lav. è il datore di lavoro. Un'apertura in tal senso si trova in alcune decisioni dei giudici di merito secondo cui «nell'ipotesi di comportamento antisindacale posto in essere nei confronti di una O.S. di pubblici dipendenti nella fase della contrattazione, legittimato passivo della procedura ex art. 28 l. n. 300 del 1970 è il Dipartimento della funzione pubblica, unico soggetto in grado di incidere, in tale fase, sull'attività sindacale, mentre i singoli Ministeri si limitano a recepire i risultati dell'attività posta in essere dal suddetto Dipartimento.»¹⁸⁰ Ed infatti secondo il giudice anche nel procedimento di

¹⁷⁷ T. Catanzaro, 11.4.2008, in *Lavoro pubbl. amm.*, 2008, 3-4, 563.

¹⁷⁸ Cass. 27.7.1998 n. 7349, in *Mass. giur. lav.*, 1998, 6, 84.

¹⁷⁹ Cass. 17.3.2009 n. 6460, in *Giust. civ. mass.* 2009, 3, 469.

¹⁸⁰ P. Roma 26.6.1995, in *Lavoro nella giur.*, 1996, 8, 653.

repressione della condotta antisindacale non si può prescindere dalla valutazione delle peculiarità del rapporto di lavoro con i dipendenti pubblici, con la conseguenza che la tutela giurisdizionale deve «ritenersi invocabile nei confronti di tutte le amministrazioni, le quali nell'ambito delle competenze attribuite dal legislatore, pur non rivestendo la qualifica di datori di lavoro, sono in grado di limitare l'attività o la libertà delle OO.SS. dei lavoratori».

Submitted February 28th, 2013 - Reviewed March 28th, 2013 - Accepted April 10th, 2013 - On line May, 20th 2013 - Words 19031 - Characters 129228