REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
CORTE D'APPELLO DI GENOVA
SEZIONE LAVORO

La Corte in persona dei Magistrati

Dott. Giuliana Melandri Presidente estensore
Dott. Caterina Baisi Consigliere
Dott. Maria Grazia Cassia Consigliere

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

nella causa Rg. 48/2023 promossa da:

MERCITALIA RAIL SRL (CF : 06473711007)
elettivamente domiciliata in VIA BACIGALUPO, 4/3 16122 GENOVA presso lo studio dell' Avv. PAROLETTI CAMILLO (CF: PRLCLL37D30C773V) che la rappresenta e difende per mandato depositato nel fascicolo telematico

appellante

C O N T R O

OR.S.A. FERROVIE GENOVA E LIGURIA (CF: 95075720102)
elettivamente domiciliata in VIA XX SETTEMBRE, 34/10 16121 GENOVA presso lo studio dell'Avv. ZIGNONI GIAN MARIA (CF: ZGNGMR72P25D969W) che la rappresenta e difende, unitamente all'Avv. ZIGNONI LICIA (ZGNLCI77C58D969V) per mandato depositato nel fascicolo telematico

appellato

CONCLUSIONI DELLE PARTI:

Per l' appellante:
"Voglia la Corte di Appello di Genova - Sezione Lavoro - ogni contraria istanza, eccezione e deduzione reietta, in riforma della sentenza gravata, in accoglimento del presente ricorso per appello, respingere il ricorso proposto da OR.S.A. Ferrovie in quanto infondato, mandando assolta Mercitalia Rail S.r.l. da tutte le domande contro di essa proposte. In subordine, salvo gravame, voglia dichiarare la legittimità delle singole condotte oggetto di causa che non siano ritenute antisindacali. Con vittoria di spese, diritti ed onorari di causa.

Per l' appellato :
"non accettando il contraddittorio sulle domande avversarie nuove, SI CHIEDE che l'Ill.ma Corte d'Appello adita, contrariis reiectis, voglia pertanto accogliere le seguenti CONCLUSIONI 1) Previa dichiarazione di improcedibilità e/o inammissibilità della domanda subordinata avversaria , voglia (sempre l'Ill.ma Corte di Appello adita) rigettare il gravame in quanto infondato in fatto ed in diritto per l'effetto confermando quanto statuito nell'ordinanza del Tribunale del lavoro di Genova del 29.4.22 nella causa rg 2499/21 e nella sentenza del Tribunale del lavoro di Genova n 663/22 nella causa rg 1419/22 ; 2) Con vittoria di spese e compensi da distrarsi a favore della scrivente difesa"

ESPOSIZIONE DEI FATTI DI CAUSA E DEI MOTIVI DELLA DECISIONE

MERCITALIA RAIL s.r.l. ha appellato la sentenza del Tribunale di Genova che ha rigettato l' opposizione all' ordinanza pronunziata in sede sommaria da altro giudice della Sezione il quale, in accoglimento del ricorso proposto ex art. 28 S.L. dalla O.S. OR.SA FERROVIE GENOVA LIGURIA, aveva dichiarato l'antisindacalità del comportamento tenuto dalla società consistente nell' aver sostituito, durante lo sciopero tenutosi nei giorni 20 e 21 settembre del 2021, lavoratori in astensione con la qualifica di tecnici con personale inquadrato ad un livello superiore (un impiegato direttivo e un quadro), ordinando alla stessa di astenersi dal compiere in futuro tali comportamenti.
Era accaduto che la predetta O.S. aveva indetto uno sciopero (dalle ore 21.01 del 20/9/2021 alle ore 21.00 del 21/9/2021), preavvertendo con lettera del 17/9/21 la Commissione di Garanzia e la stessa Mercitalia ed assicurando che durante lo sciopero sarebbero stati rispettati i servizi pubblici essenziali come previsto ex lege e dagli accordi sindacali vigenti.

Secondo il Sindacato, l' azienda aveva illegittimamente limitato il suo diritto di sciopero con un comportamento che la Corte di Cassazione aveva più volte dichiarato antisindacale in occasioni similari (Cass. n. 12811/2009 e recentemente n. 12551/2018).
La società si è difesa sostenendo che l' attività di sostituzione fu sostanzialmente estemporanea, limitata ad una giornata ed inoltre era ormai cessata, per cui la domanda doveva ritenersi inammissibile per carenza di attualità. In ogni caso le operazioni svolte dai dipendenti DELFINO e FERRARI rientravano nelle loro mansioni, consistenti nell' eseguire attività formativa e di controllo degli apprendisti macchinisti e nella personale conduzione dei treni per mantenere le proprie abilitazioni.
Il Tribunale, sia in sede sommaria che di cognizione piena, dopo aver istruito la causa con l' audizione di alcuni informatori, ha disatteso le argomentazioni di MERCITALIA, ritenendo che le mansioni assegnate ai lavoratori sostituti fossero oggettivamente inferiori all' inquadramento dagli stessi rivestito e neppure accessorie o complementari rispetto a quelle individuate nelle declaratorie delle qualifiche di appartenenza.
Inoltre, in presenza di un clima di notevole conflittualità, l'esaurimento della condotta non assumeva rilevanza, dovendosi prognosticare una possibile reiterazione della stessa in altre similari circostanze.
Le spese di lite di entrambe le fasi sono state poste a carico della società, in quanto soccombente.

L' appellante ha anzitutto individuato una contraddittorietà nella motivazione della sentenza in cui Tribunale, dopo aver premesso che il confronto delle mansioni non doveva avvenire in astratto, occorrendo tener conto della concreta ricostruzione fattuale dei compiti svolti dai lavoratori sostituti, non aveva poi attribuito alcuna rilevanza alla particolare situazione degli istruttori DELFINO e FERRARI che in quella giornata di sciopero avevano sì sostituito rispettivamente il macchinista Fabio MARINI e il tecnico polifunzionale Giovanni FURIA (entrambi scioperanti), ma su loro iniziativa personale, per svolgere attività di conduzione dei treni in forza delle loro competenze al fine di mantenere le relative abilitazioni.
Più specificamente il sig. DELFINO, istruttore qualificato nel settore condotta e abilitato come macchinista, aveva affiancato il macchinista in formazione COMMISSIONE (di cui era il tutor) nella conduzione del treno 54329 da Sestri Ponente a Novi San Bono (in sostituzione dei macchinisti scioperanti FERRECCIO e RUSSO), svolgendo la propria attività di istruttore che richiedeva appunto

l'affiancamento periodico dei macchinisti durante l'attività di conduzione dei treni.
Come risultava dall' istruttoria espletata, dunque, quel giorno il Sig. DELFINO non aveva svolto mansioni diverse da quelle della sua funzione, compiendo la consueta attività di istruttore cui normalmente veniva adibito.
Ad avviso dell'appellante, dunque, aveva errato il Tribunale a ritenere che il sig. DELFINO avrebbe svolto mansioni non rientranti, neppure marginalmente, nel proprio profilo di appartenenza , avendo svolto attività di istruttore di un macchinista in formazione.
Stesso discorso valeva per le altre attività svolte dallo stesso DELFINO e dall'istruttore FERRARI, consistenti nell' aver condotto i treni per poter mantenere la loro abilitazione all' insegnamento.
Il fatto che gli istruttori come il DELFINO e il FERRARI dovessero periodicamente svolgere attività di macchinista proprio per mantenere il proprio ruolo di istruttore, era confermato dagli stessi cedolini paga che erano stati esibiti alla teste ZANGHERI, dai quali si poteva evincere come nello stesso mese di settembre in cui vi era stato lo sciopero entrambi i lavoratori avevano svolto attività di macchinista (lavoro notturno).
Non solo, il teste BASTIANELLI aveva dichiarato che gli istruttori in questione si erano resi disponibili a svolgere attività di macchinista (per mantenere nel tempo l'abilitazione) mediante inserimento nei turni in servizio in caso di picchi di traffico o per assenze improvvise di un macchinista in turno, in tal modo soddisfacendo i propri interessi (quello di mantenere la pratica) e quelli aziendali (di carenza di organico).
Stesso discorso valeva per l'attività di manovra della locomotiva Diesel nel breve tratto ILVA-Sestri Ponente svolta dal sig. DELFINO; il teste MIGIONE aveva infatti confermato che si era trattata di una attività che l'istruttore periodicamente poteva compiere per mantenere le proprie capacità operative.
Secondo l'insegnamento della Corte di Cassazione (sentenza n. 8670/2018), quindi, le sostituzioni in oggetto non potevano considerarsi illegittime, in quanto le attività di conduzione dei treni e di manovra affidate ai dipendenti in servizio potevano sicuramente considerarsi marginali, funzionalmente accessorie e complementari a quelle di istruttore e di tutor.
Per quanto riguardava infine, l'attività di verifica e composizione dei treni svolta dal sig. FERRARI, dall'istruttoria era risultato che lo stesso si era recato a Genova da La Spezia per svolgere la sua mansione di istruttore ma, non avendo trovato personale da istruire, svolse personalmente l'attività di verifica, in quanto necessaria per mantenere la propria abilitazione.

L' appellante ha poi evidenziato la assoluta mancanza di intenzionalità di ledere l'attività di sciopero con le sostituzioni oggetto di causa, dato che di regola non è possibile conoscere prima quali lavoratori aderiranno allo sciopero indetto.
Evidenziava inoltre che dall' istruttoria (v. testimonianze di BASTIANELLI e MUGIONI) era emerso come gli istruttori potessero programmare la loro attività di verifica e di mantenimento dei propri standard in piena autonomia senza necessità di alcuna autorizzazione da parte dell' azienda e di regola il loro intervento era inaspettato per gli operatori in via di addestramento (v. teste ZANGHERI).
Era poi irrilevante che il teste FACINI avesse dichiarato che dai fogli turno non risultava che il giorno dello sciopero il macchinista Marini dovesse fare formazione, in quanto – come poi spiegato dallo stesso a seguito di richiesta di precisazione – in quei fogli venivano annotate soltanto le formazioni teoriche in aula e non quelle pratiche sul treno.
Era dunque pienamente provato che le attività di condotta e manovra dei treni rientravano tra le competenze degli istruttori e che fosse dagli stessi autoregolamentata.
Ribadiva che non era possibile per l'azienda prevedere anticipatamente la sostituzione del personale aderente allo sciopero proprio perché non si poteva sapere prima quali fossero i dipendenti aderenti ad esso; per cui anche gli istruttori continuavano a svolgere le loro attività programmate con il rischio di trovarsi senza il dipendente da controllare e dover svolgere direttamente loro il lavoro.
Anche per questi motivi pertanto doveva escludersi che tali sostituzioni fossero avvenute allo scopo di compromettere o ledere il diritto di sciopero.
Concludeva quindi come in epigrafe, chiedendo altresì, in via subordinata, l'accertamento della legittimità delle singole condotte ritenute non antisindacali.

Si è costituta in giudizio OR.SA contestando l'appello e chiedendone la reiezione per i motivi in fatto ed in diritto che verranno ripresi nella parte motiva della presente sentenza, eccependo in ogni caso la inammissibilità delle modifica delle conclusioni in appello, laddove MERCITALIA aveva richiesto, in via subordinata, dichiararsi la legittimità di quelle condotte non ritenute antisindacali, su cui non accettava il contraddittorio.

All' esito della discussione orale della causa, la Corte ha deciso all' udienza del 20 luglio 2023 come da separato dispositivo contestualmente depositato nel fascicolo telematico.

§§§

I comportamenti di cui OR.SA ha chiesto dichiararsi l'antisindacalità e di cui il Tribunale ha ritenuto - sia nella fase sommaria che in quella di opposizione - la sussistenza, sono i seguenti:

1) il Quadro Professional (Tutor Condotta) **Agostino Delfino** in data 21 settembre 2020 ha svolto, in sostituzione del macchinista di turno sig. Marini Fabio (Livello B) in sciopero quel giorno, operazioni di manovra sul treno 54329 per caricare/scaricare il materiale dall'ILVA;
2) Successivamente sempre il medesimo Quadro **Delfino** ha condotto il condurre il treno 54329 diretto a Novi San Bovo, in sostituzione dei due macchinisti scioperanti Ferreccio e Russo, affiancando il macchinista in formazione Paolo Commissione;
3) Il direttivo di livello A) **FERRARI Emiliano** (superiore istruttore di formazione e verifica), avente sede di lavoro a La Spezia, ha sostituito - per l'intera giornata dello sciopero - il tecnico polifunzionale treni di terra Giovanni Furia di livello C), per svolgere attività di controllo della composizione dei convogli presso la stazione Marittima di Genova.

Tali attività, svolte dai dipendenti aventi inquadramenti superiori rispetto agli operatori sostituiti, sono risultate pacifiche.

Altrettanto pacifici sono i principi di diritto cui occorre attenersi per accertare l'antisindacalità del comportamento datoriale in caso di sostituzione di personale aderente allo sciopero; principi sanciti nella sentenza della Corte di Cassazione n. 12811/2009 che aveva affrontato un caso in cui, a seguito di uno sciopero dei casellanti, Autostrade aveva comandato 31 dipendenti tra dirigenti, quadri, impiegati di elevato livello ad operare presso otto caselli autostradali.

Questi dipendenti non furono incaricati di sostituire gli scioperanti (come nella fattispecie in esame), bensì di svolgere due funzioni diverse consistenti nel sezionare, con apposita segnaletica i piazzali dinanzi alle barriere di esazione, per convogliare il traffico verso le piste dotate di sistemi automatici di riscossione del pedaggio (telepass, viacard, carte di credito) e nello stazionare dinanzi ai caselli per provvedere al ritiro dei biglietti degli utenti che non erano in grado di utilizzare i mezzi di pagamento automatico, che venivano invitati a

presentarsi nei giorni successivi presso gli appositi uffici della società o presso gli uffici postali per effettuare il pagamento.
Anche in questa fattispecie la Corte di Cassazione, confermando la sentenza della Corte territoriale ha ritenuto l'antisindacalità del comportamento datoriale sulla base delle seguenti considerazioni:
Non costituisce comportamento antisindacale la scelta del datore di lavoro di sostituire i lavoratori che aderiscono allo sciopero con altri lavoratori (non aderenti allo sciopero o appartenenti a settori non interessati dallo sciopero), per contenere il più possibile gli effetti pregiudizievoli derivanti dalla interruzione dell'attività aziendale.
Tale principio è stato fissato non solo nel caso in cui ci si trovi di fronte alla necessità di garantire un servizio pubblico essenziale (Cass., sentenza n. 12822 del 29/11/1991), ma anche quando l' esigenza sia meramente imprenditoriale a tutela dell' iniziativa economica la cui liberà è sancita dall'art. 41 Cost..
Tuttavia non ogni scelta organizzativa è consentita, in quanto la sostituzione deve avvenire in modo legittimo.
Sicuramente è legittimo lo spostamento nelle mansioni degli scioperanti di lavoratori della stessa qualifica, nel pieno rispetto dell'art. 2103 c.c., o addirittura di lavoratori con qualifica inferiore, cui saranno riconosciuti i diritti (retributivi) previsti da tale norma, senza peraltro ledere i diritti dei lavoratori sostituiti.
Diverso è il caso in cui i lavoratori chiamati a sostituire i dipendenti in sciopero, o chiamati a svolgere attività diverse ma che neutralizzino gli effetti dello sciopero, siano di qualifica superiore e vengano quindi impiegati in mansioni inferiori; in queste ipotesi – si legge testualmente nella motivazione della citata sentenza – "*bisogna verificare se lo svolgimento dei compiti inerenti ad una qualifica inferiore rientri negli ambiti, circoscritti, in cui ciò è consentito dalla legge. L'art. 2103 c.c., infatti, nega tale possibilità, sancendo che "Il lavoratore deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti alla categoria superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte..." ed aggiunge, che "ogni patto contrario è nullo".*
E' pur vero che la giurisprudenza, rispetto a tale rigore, aveva aperto un varco, ma davvero limitato e circoscritto: si era trattato cioè di una lavoratrice bancaria che aveva compilato, nell' esercizio delle sue mansioni, alcuni atti riservati che avrebbero potuto essere esposti al rischio di disguidi e di smarrimenti. Per tali motivi le fu chiesto di metterli in busta, ma la lavoratrice rifiutò di farlo,

ritenendo il compito non conforme alle sue mansioni. La Corte ritenne che, in quel contesto, imbustare una relazione fosse "un'attività complementare e conseguente all'atto rientrante nelle mansioni" della lavoratrice e affermò che lo svolgimento di un atto inerente a mansioni inferiori, "*quando sia richiesto in modo marginale e solo per completamento e doverosa definizione del lavoro principale ed assorbente sia compatibile con l'art. 2103 c.c.”*.
La Corte ha quindi affermato il principio che *"l'attività prevalente ed assorbente svolta dal lavoratore deve corrispondere a quella della qualifica di appartenenza" e che "incidentalmente e marginalmente, per ragioni di efficienza ed economia del lavoro, o addirittura di sicurezza, gli si possano presentare mansioni inferiori e che egli le debba svolgere"* (Sez. lav., 25 febbraio 1998, n. 2045).
Nella fattispecie in esame, la società odierna appellante ha sostenuto che le tre attività denunziate come antisindacali furono prevalentemente corrispondenti alle loro ordinarie mansioni, tra cui andavano ricomprese le attività di addestramento ed affiancamento del personale operativo (in quanto istruttori) e le stesse operazioni di conduzione dei treni per mantenere le relative abilitazioni necessarie all' insegnamento, le quali in ogni caso ben potevano essere considerate quali attività incidentali e marginali consentite dalla giurisprudenza sopra richiamata. A ciò ha aggiunto che tali attività vennero svolte autonomamente dagli istruttori i quali erano soliti programmare i loro interventi di controllo e/o addestramento pratico senza alcuna eterodirezione aziendale, come era emerso dall' istruttoria espletata, per cui era provato in causa che la stessa non aveva comandato i predetti istruttori allo svolgimento di quelle mansioni.
Tale ricostruzione non può essere seguita.
Anche ad ammettere che l'attività di istruzione e/o affiancamento e/o controllo dei macchinisti potesse rientrare nelle mansioni ordinarie dei due lavoratori che hanno sostituito i dipendenti in sciopero, la stessa società, ai punti 3.7 e 3.13 della memoria difensiva in primo grado, ha riconosciuto che simili interventi – seppur gestiti in autonomia dagli istruttori – vengono decisi, come è naturale che sia, con una programmazione nota all' azienda. Anche il teste MUGIONE (citato da Mercitalia) ha confermato che ogni istruttore ha un proprio piano di programmazione per controllare l'attività dei macchinisti due volte all' anno.
Per dimostrare che il Sig. DELFINO quel giorno avrebbe dovuto svolgere attività di formazione e verifica delle competenze nei confronti del macchinista MARINI (assente per sciopero) e poi affiancare il sig. COMMISSIONE (macchinista in addestramento, di cui era tutor) nella condotta del treno merci 54329, bastava

che la società producesse i programmi di verifica e di formazione dalla stessa citati ovvero citare come teste il predetto istruttore perché confermasse l'effettiva programmazione.
Analogamente, per dimostrare che il sig. DELFINO, una volta verificato che a condurre il treno 54329 non vi era il macchinista MARINI perché scioperante, abbia deciso di effettuare lui stesso le operazioni di manovra per poter mantenere le abilitazioni di macchinista e di istruttore, la società avrebbe dovuto citarlo a testimoniare per confermare quanto sopra.
Stesso discorso vale per l' attività prestata dal sig. FERRARI che avrebbe dovuto essere indicato come teste per dimostrare la circostanza capitolata al punto 3.16 e cioè che quel giorno, dovendo fare una verifica delle competenze del tecnico polifunzionale Furia, non avendolo trovato in quanto scioperante, decise autonomamente di controllare la formazione dei treni per tutto il turno lavorativo. Non è dato sapere poi quali sarebbero state le dedotte "*operazioni rientranti nelle normali attività del proprio ruolo*" che il predetto dipendente, inquadrato nel livello A direttivo ed avente sede di lavoro a La Spezia, avrebbe svolto presso la Stazione Marittima, se non semplici attività di controllo dei convogli dei treni a cui è normalmente adibito un tecnico polifunzionale di livello C; attività queste ultime che sicuramente non rientrano tra quelle che un istruttore deve periodicamente svolgere personalmente per poter mantenere le proprie abilitazioni.
Ritiene dunque la Corte che tutta l' istruttoria espletata, da cui è emerso che - in via generale - tra gli ordinari compiti degli istruttori quali il DELFINO e il FERRARI, vi sia quello di intervenire inaspettatamente e autonomamente sul turno dei macchinisti per controllarne l' operato, potendo anche provvedere essi stessi ad effettuare le operazioni di conduzione e manovra dei treni per mantenere le abilitazioni, non ha consentito a MERCITALIA di dimostrare che – in concreto nei tre casi specifici – tali istruttori avessero in programma di svolgere l' attività di verifica e/o di affiancamento di quei dipendenti scioperanti e che, una volta in loco e verificata la loro assenza, abbiano deciso di compiere personalmente le operazioni di conduzione dei treni e di controllo dei convogli ferroviari per propri motivi personali consistenti nella necessità di mantenere le abilitazioni e non perché demandati dalla società di sostituire il personale scioperante.
Ne consegue che la società appellante non ha provato, come suo onere, che i due lavoratori che hanno sostituito i dipendenti in sciopero abbiano svolto compiti rientranti nel loro profilo di inquadramento (quadro e livello A) e che quelle prettamente operative (di manovra del diesel e di controllo dei convogli)

fossero minimi atti conseguenziali alle loro ordinarie mansioni, come richiesto dalla giurisprudenza per escludere l' illegittimità delle sostituzioni dei lavoratori in sciopero.
Per tutti questi motivi deve ritenersi corretta la decisione dei due giudici del Tribunale di Genova che hanno dichiarato antisindacale il comportamento di MERCITALIA in occasione dell'astensione lavorativa indetta da OR.SA, in cui alcuni dipendenti scioperanti sono stati sostituiti nello svolgimento delle loro mansioni da personale con inquadramento superiore, in tal modo neutralizzando in modo illegittimo gli effetti dello sciopero.
L' appello va quindi integralmente rigettato, risultando antisindacali tutte e tre le sostituzioni oggetto di causa.
Le spese di lite, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

La Corte respinge l'appello.
Condanna l'appellante alla rifusione a favore dell'appellato delle spese di lite sostenute da quest' ultimo nel presente grado di giudizio, che liquida in complessivi €. 3.000,00 oltre spese generali, IVA e CPA da distrarsi a favore del difensore antistatario.
Sussistono i presupposti per il raddoppio del contributo unificato a carico dell'appellante.

Genova, 20/07/2023

Il Presidente estensore
(Dott. Giuliana Melandri)