

in collaborazione con



e con il patrocinio di



ORDINE DEGLI
AVVOCATI DI MILANO

in collaborazione con



SSM



SCUOLA SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA

STRUTTURA TERRITORIALE DI FORMAZIONE DECENTRATA DEL DISTRETTO DI MILANO

LA SFIDA DEL COVID-19 ALLO STATUTO DEI LAVORATORI A CINQUANT'ANNI DALLA SUA ENTRATA IN VIGORE

6 LUGLIO 2020

LA LIBERTÀ DI ESPRESSIONE, L'ESERCIZIO DEI DIRITTI SINDACALI E LE CONDOTTE ANTISINDACALI NEL TEMPO DELL'EMERGENZA SANITARIA

Avv. Lorenzo Franceschinis

LIBERTÀ DI ESPRESSIONE E DIRITTO DI CRITICA

- Art. 21 Cost.: “Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione”.
- Art. 1 Statuto: “I lavoratori senza distinzione di opinioni politiche, sindacali e di fede religiosa, hanno diritto, nei luoghi ove prestano la propria opera, di manifestare liberamente il proprio pensiero, nel rispetto dei principi della Costituzione e delle norme della presente legge”.
- Art. 39 Cost.: “L’organizzazione sindacale è libera”.

LIMITI AL DIRITTO DI CRITICA

La critica manifestata dal lavoratore all'indirizzo del datore di lavoro può trasformarsi da esercizio lecito di un diritto in una condotta astrattamente idonea a configurare un illecito disciplinare laddove superi i limiti posti a presidio della dignità della persona umana (art.2 Cost.), così come predeterminati dal diritto vivente (cfr. Cass. n.1379 del 2019, rel. Amendola).

CONTINENZA SOSTANZIALE

Quando la critica si sostanzia nell'attribuzione di condotte che si assumono come storicamente verificatesi, i fatti narrati devono corrispondere a verità, sia pure non assoluta ma corrispondente ad un prudente apprezzamento soggettivo di chi dichiara gli stessi come veri, per cui viene in rilievo l'atteggiamento anche colposo del lavoratore.

Se si esprime invece un'opinione il canone della continenza non è sostanziale ma formale.

CONTINENZA FORMALE

La critica deve avvenire con modalità espressive che possano dirsi rispettose di canoni, generalmente condivisi, di correttezza, di misura e di rispetto della dignità altrui, applicati al contesto specifico di riferimento.

Il confine può dirsi superato ove si attribuiscono all'impresa o ai suoi rappresentanti qualità apertamente disonorevoli, con riferimenti volgari e infamanti, o con affermazioni ingiuriose e denigratorie, con l'addebito di condotte riprovevoli.

PERTINENZA

Individuata dalla giurisprudenza di legittimità, in generale, come rispondenza della critica ad un interesse meritevole in confronto con il bene suscettibile di lesione.

Secondo **Cass.1379-2019**: *“Nel rapporto di lavoro è sicuramente interesse meritevole quello che si relazioni direttamente o indirettamente con le condizioni del lavoro e dell’impresa, come le rivendicazioni di carattere lato sensu sindacale o le manifestazioni di opinione attinenti il contratto di lavoro, mentre sono suscettibili di esondare dal limite della pertinenza le critiche rivolte al datore di lavoro, magari afferenti le sue qualità personali, oggettivamente avulse da ogni correlazione con il rapporto contrattuale e gratuitamente mirate a ledere la sua onorabilità”*.

Violazione dei limiti, conseguenze

Qualora uno o più dei limiti venga travalicato, la condotta del lavoratore assume l'attitudine astratta a integrare un illecito disciplinare. Ma ciò non comporta di per sé che la condotta sia meritevole di licenziamento.

E' compito dei giudici di merito l'apprezzamento in concreto dell'idoneità dell'eccesso del diritto di critica da parte del lavoratore a violare i doveri di fedeltà, di correttezza e buona fede nell'ambito del rapporto e a violarne se del caso il vincolo fiduciario, anche avuto riguardo all'eventuale comportamento provocatorio del datore di lavoro e a tutte le altre circostanze del caso.

Ne consegue: discrezionalità e variabilità delle decisioni nella giurisprudenza di merito e anche di legittimità (che a volte dichiara inammissibili i ricorsi e altre li giudica invece nel merito).

Il lavoratore sindacalista

In questo caso il diritto di critica si amplia e gode di un'ulteriore copertura costituzionale costituita dall'art.39 Cost. in quanto l'espressione di pensiero è finalizzata al perseguimento di un interesse collettivo.

Il lavoratore sindacalista è titolare di due distinti rapporti con l'imprenditore: come lavoratore, in posizione subordinata al datore di lavoro, ma come sindacalista invece in una posizione parificata a quella della controparte (Cass. n. 11436 del 1995; Cass. n. 7091 del 2001; Cass. n. 19350 del 2003; Cass. n. 7471 del 2012; Cass. n. 18176 del 2018; Cass.1379 del 2019).

Il diritto di denuncia da parte del lavoratore

E' sempre lecita la condotta del lavoratore che denunci all'autorità giudiziaria o amministrativa fatti di reato o illeciti amministrativi commessi dal datore di lavoro, con il solo limite della commissione del reato di calunnia, cioè della piena consapevolezza da parte del lavoratore dell'insussistenza dell'illecito denunciato (Cass. n. 4125 del 2017; conf. Cass. n. 22375 del 2017).

Ad esempio: denuncia all'ATS delle condizioni di lavoro non sicure o all'Inps di illecito utilizzo della Cig durante l'emergenza

Irrilevante l'eventuale successiva assoluzione o archiviazione del datore che di per sé non qualifica come calunniosa la denuncia.

Conseguenza di ciò che l'eventuale licenziamento intimato sarà nullo in quanto ritorsione contro un atto legittimo, con conseguente rimedio reintegratorio, anche in regime di tutele crescenti.

PRODUZIONE DOCUMENTI RISERVATI

Cfr. Cass. 14305/2016: occorre distinguere tra:

- la produzione in giudizio dei documenti aziendali riservati, al fine di esercitare il diritto di difesa, che prevale sempre rispetto alle eventuali esigenze di segretezza dell'azienda (conf. Cass n. 22923 del 2004, n.153 del 2007, n.3038 del 2011, n.12119 del 2012, n. 20163 del 2012, n. 25682 del 2014);
- e le modalità di impossessamento di tali documenti, che potrebbero in astratto, con valutazione da effettuarsi però nel caso concreto, essere illecite e integrare la giusta causa, ma tenendo presente la possibilità di ravvisare, nell'esercizio del diritto di difesa, una scriminante della condotta illecita del lavoratore.

PER COMPLETEZZA: REGISTRAZIONE COLLOQUI

Cass.12534/2019: l'utilizzo a fini difensivi di registrazioni di colloqui del dipendente sul luogo di lavoro non necessita del consenso dei presenti, in ragione dell'imprescindibile necessità di bilanciare le contrapposte istanze della riservatezza da una parte e della tutela giurisdizionale del diritto dall'altra; ne consegue che è legittima la condotta del lavoratore che abbia effettuato tali registrazioni per tutelare la propria posizione all'interno dell'azienda e per preconstituirsì un mezzo di prova, rispondendo la stessa, se pertinente alla tesi difensiva e non eccedente le sue finalità, alle necessità conseguenti al legittimo esercizio di un diritto (Cass. 10/5/2018 n. 11322; Cass. 29/12/2014 n. 27424).

L'ATTIVITÀ SINDACALE IN AZIENDA

Art.14 St.Lav: “Il diritto di costituire associazioni sindacali, di aderirvi e di svolgere attività sindacale, è garantito a tutti i lavoratori all'interno dei luoghi di lavoro”.

Art.26 St.Lav.: “I lavoratori hanno diritto di raccogliere contributi e di svolgere opera di proselitismo per le loro organizzazioni sindacali all'interno dei luoghi di lavoro, senza pregiudizio del normale svolgimento dell'attività aziendale” (testo risultante dal referendum)

ARTICOLI 14 e 26

L'art.14 porta all'interno delle aziende il diritto alla libertà e attività sindacale sancito dall'art. 39 Cost.

Non fanno parte della legislazione cd. di sostegno e quindi spettano a qualsiasi organismo sindacale aziendale e non solo a Rsa/Rsu (rapporto di genere a specie con l'art.19 e i diritti del titolo III).

Il contenuto del diritto (svolgere attività sindacale) è indeterminato e si definisce da un lato per sottrazione rispetto ai diritti di sostegno del titolo III, dall'altro con il limite del “pregiudizio alla normale attività aziendale” (quindi vi rientrano una categoria ampia di attività: volantaggio, raccolta firme, assemblee fuori orario, cortei interni, sciopero, ...).

Il diritto di svolgere attività sindacale è indipendente dalla effettiva prestazione lavorativa ed esercitabile anche in caso di sospensione in CIG (cfr. Cass.7859 del 1986), ferie ed oggi “lavoro agile”.

L'esercizio dei diritti sindacali in azienda durante l'emergenza sanitaria

Quali problemi ha creato il distanziamento sociale rispetto ai diritti sindacali in azienda e quali le soluzioni?

Alcuni diritti non hanno sofferto ostacoli al loro esercizio.

Ad esempio: quello ai permessi sindacali dei dirigenti rsa/rsu (artt.23 e 24); quello alla contribuzione sindacale (art.26); quello ai permessi e/o aspettative per motivi sindacali o politici (artt.30, 31 e 32).

Altri diritti hanno incontrato difficoltà (ad esempio lo svolgimento della contrattazione collettiva).

I problemi sono sorti nell'esercizio dei diritti che hanno sempre presupposto un rapporto diretto, fisico, tra i lavoratori e tra sindacalista e lavoratore (assemblee, comunicazioni sindacali, affissione in bacheca, etc..).

A parte il problema dello sciopero.

Riflessioni sull'art.22 (divieto di trasferimento dall'unità produttiva senza nulla osta)

Nulla osta sindacale per collocare il dirigente di RSA o RSU in smart working? No, ma...

Cass., 18.11.1975 n. 3875: l'art 22 riguarda qualsiasi spostamento (all'esterno o all'interno dell'unità produttiva per la quale è stata costituita la rappresentanza sindacale) capace di pregiudicare, per le circostanze di tempo e per le modalità con le quali viene disposto, il regolare esercizio delle funzioni cui sono investiti i dirigenti sindacali.

Cass.9.8.2002 n.12121: non qualsiasi spostamento, ma solo il trasferimento definitivo (quindi non la missione, la trasferta o altro) dall'unità produttiva come definita dall'art.35). Ma....

Segue sull'art.22 St.Lav.

Sempre Cass.12121/2002: *“Le trasferte o altri spostamenti, pur non esigendo il nulla osta previsto dall'art. 22 stat. lav., possono ugualmente configurare condotta antisindacale sia per intento discriminatorio ad esse sotteso, sia perché oggettivamente idonee, pure sul piano potenziale, a ledere la libertà e l'attività sindacale, per comportare un lungo allontanamento da tutti i compagni di lavoro o dalla specifica base di rappresentanza o per limitare, in altro modo, la possibilità di svolgimento dell'attività sindacale. La valutazione di detti elementi - che non può trascurare tra l'altro le specifiche modalità dell'allontanamento dalla sede lavorativa, la relativa durata, le ragioni che lo sorreggono, la frequenza in cui si verifica nonché la concreta possibilità del sindacalista di godere di permessi - è riservata al giudice di merito”.*

QUINDI: no nulla osta, ma anche la collocazione in lavoro agile del sindacalista potrebbe in ipotesi costituire condotta antisindacale.

Le comunicazioni sindacali con e tra i lavoratori

Il problema: se i lavoratori non frequentano il posto di lavoro come comunicare con i loro rappresentanti sindacali e viceversa?

E' possibile che i diritti sindacali vengano soppressi di fatto o l'azienda è tenuta anche a comportamenti attivi per garantire che tali diritti possano essere goduti?

E' legittimo intendere il "luogo di lavoro" solo in termini topografici e non invece "organizzativi", coincidente quindi con il ciclo produttivo dell'azienda, che può essere anche esterno al luogo fisico?

STRUMENTI INFORMATICI

I lavoratori e il sindacato hanno spontaneamente individuato già in passato sistemi di comunicazione informatica:

- l'utilizzo degli indirizzi email aziendali dei lavoratori;
- l'utilizzo di proprie piattaforme (gruppi chat su whatsapp, facebook, mailing list private, etc.);
- la richiesta alle aziende di una bacheca elettronica o di utilizzo della rete aziendale intranet.

Tutti questi mezzi hanno dato luogo a contenziosi.

UTILIZZO DELLE MAIL AZIENDALI PER COMUNICAZIONI SINDACALI

Fonte del diritto gli artt.14 e 26 St.Lav.

Giurisprudenza di merito contrastante: Tribunale Milano 6.5.2015, Tribunale Foggia 10.7.2000, Tribunale Bolzano 27.9.2005, Tribunale Asti 29.9.2015, Trib.Napoli 18.10.2000 e Corte App.Napoli 30.1.2017

Corte App.Catania 12.11.2014 afferma l'antisindacalità del rifiuto aziendale di consentire l'uso delle email aziendali per fini sindacali, basando il diritto sull'art.26 St. con il solo limite quindi della prova a carico dell'impresa del pregiudizio all'attività aziendale.

Cass.21.6.2019 n.16746 conferma la sentenza, ma senza entrare nel merito in quanto giudica inammissibili per varie ragioni i motivi di cassazione.

CONTROLLO DEL DATORE SUI CONTENUTI DELLE COMUNICAZIONI ELETTRONICHE

Risalente giurisprudenza ha costantemente giudicato antisindacale la pretesa del datore di partecipare ad assemblee e riunioni dei lavoratori, anche a mezzo di propri incaricati (Cass.n.1366/76 e n.3038/85)

Comunicazioni in gruppi aperti o in gruppi chiusi, applicabilità a questi ultimi dell'art.15 Cost., degli artt.616 e 619 cod.pen. e codice privacy (cfr. Appello Milano n.439/2016).

Per le comunicazioni su canali aperti (pagine Facebook e simili) valgono i limiti al diritto di critica.

La bacheca elettronica: mera aspettativa o diritto?

Diritto riservato a RSA/RSU.

Art.25 St. (**Diritto di affissione**): *“le rsa hanno diritto di affiggere, su appositi spazi, che il datore di lavoro ha l'obbligo di predisporre in luoghi accessibili a tutti i lavoratori all'interno dell'unità produttiva, pubblicazioni, testi e comunicati inerenti a materie di interesse sindacale e del lavoro”.*

La norma non prevede specifiche modalità e la bacheca tradizionale è solo una delle modalità di esercizio del diritto di affissione.

Interpretazione evolutiva della norma già compiuta da Pret.Milano (est.Vitali) 3 aprile 1995, in D&L, 1995, 545, nota Capurro.

Quindi, nelle realtà aziendali dotate di un proprio spazio informatico e comunicativo, la negazione della “bacheca informatica” può costituire condotta antisindacale.

Esempio: la contrattazione collettiva degli assicurativi già la prevede.

Materie di interesse sindacale deve intendersi in senso estensivo.

Un esempio virtuoso: CCNL 22.2.2017 Imprese di Assicurazioni (allegato 12, lett.D)

“(BACHECA SINDACALE – POSTA ELETTRONICA):

Le imprese metteranno a disposizione delle R.S.A. nell’ambito della intranet aziendale ove esistente, una sezione denominata “bacheca sindacale”, consultabile dalle postazioni informatiche del personale dipendente dotate di accesso al portale aziendale.

La bacheca elettronica si aggiungerà a quella tradizionale prevista dall’ art. 25 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e, al pari di quest’ultima, sarà utilizzata esclusivamente per pubblicazioni, testi e comunicati inerenti materie di interesse sindacale e del lavoro.

Il periodo di conservazione del materiale pubblicato sarà oggetto di verifica da parte delle singole R.S.A. al fine di evitare problemi di ordine tecnico per la gestione ed il funzionamento delle altre applicazioni informatiche.

A livello aziendale saranno inoltre individuati, sulla base dei criteri e della policy ivi esistente, limiti e modalità di attribuzione/utilizzo della posta elettronica da parte delle R.S.A.”

L'assemblea: un riepilogo dei nodi principali di cui si è occupata la giurisprudenza

Art.20 (Assemblea) “I lavoratori hanno diritto di riunirsi, nella unità produttiva in cui prestano la loro opera, fuori dell’orario di lavoro, nonché durante l’orario di lavoro, nei limiti di dieci ore annue, per le quali verrà corrisposta la normale retribuzione. Migliori condizioni possono essere stabilite dalla contrattazione collettiva.

Le riunioni - che possono riguardare la generalità dei lavoratori o gruppi di essi - sono indette, singolarmente o congiuntamente, dalle rappresentanze sindacali aziendali nell’unità produttiva, con ordine del giorno su materie di interesse sindacale e del lavoro e secondo l’ordine di precedenza delle convocazioni, comunicate al datore di lavoro.

Alle riunioni possono partecipare, previo preavviso al datore di lavoro, dirigenti esterni del sindacato che ha costituito la rappresentanza sindacale aziendale.

Ulteriori modalità per l’esercizio del diritto di assemblea possono essere stabilite dai contratti collettivi di lavoro, anche aziendali” .

L'assemblea: possibile svolgerla in modo virtuale?

Come per le affissioni, la norma si riferisce sempre all'unità produttiva nella quale i lavoratori prestano la loro opera.

Cosa succede se i lavoratori sono dispersi o prestano la loro opera in smart working? Può essere negato uno dei diritti fondamentali dello statuto?

Anche l'art.20 consente un'interpretazione evolutiva che adegui lo strumento alla realtà tecnologica attuale.

Doveri di collaborazione dell'impresa secondo i principi di buona fede e correttezza. Sempre nel limite generale dell'assenza di pregiudizio del normale svolgimento dell'attività aziendale

LO SCIOPERO DURANTE L'EMERGENZA COVID-19

Delibera della Commissione di Garanzia del 26.3.2020:
contenuto e critica.

Rinvio a Orlandini, Diritto di Sciopero e tutela della salute
durante l'emergenza epidemiologica, in Covid-19 e diritti dei
lavoratori, Ed. Ediesse.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Le norme dello Statuto hanno uno stile “costituzionale”, dettano principi e regole generali sempre attuali. Non servono nuove norme, serve una giurisprudenza di merito che adatti i principi alle nuove tecnologie e alla nuova organizzazione del lavoro.

Più coraggio degli avvocati e dei giudici.

Nodo delle spese di lite. Senza la sostanziale gratuità del processo del lavoro non si sarebbe mai sviluppata la giurisprudenza che ha accompagnato l’evoluzione dello Statuto nei primi 20 anni.

Questo è uno dei freni principali per una nuova stagione di giurisprudenza innovativa.