

Riccardo Diamanti

**La violazione dei protocolli anticovid-19
come condotta antisindacale**

**Conversazioni sul lavoro dedicate
a Giuseppe Pera dai suoi allievi**

Virus, stato di eccezione e scelte tragiche.

**Le politiche del lavoro, economiche e sociali e la tutela dei diritti
fondamentali nei tempi incerti dell'emergenza sanitaria e della crisi.**

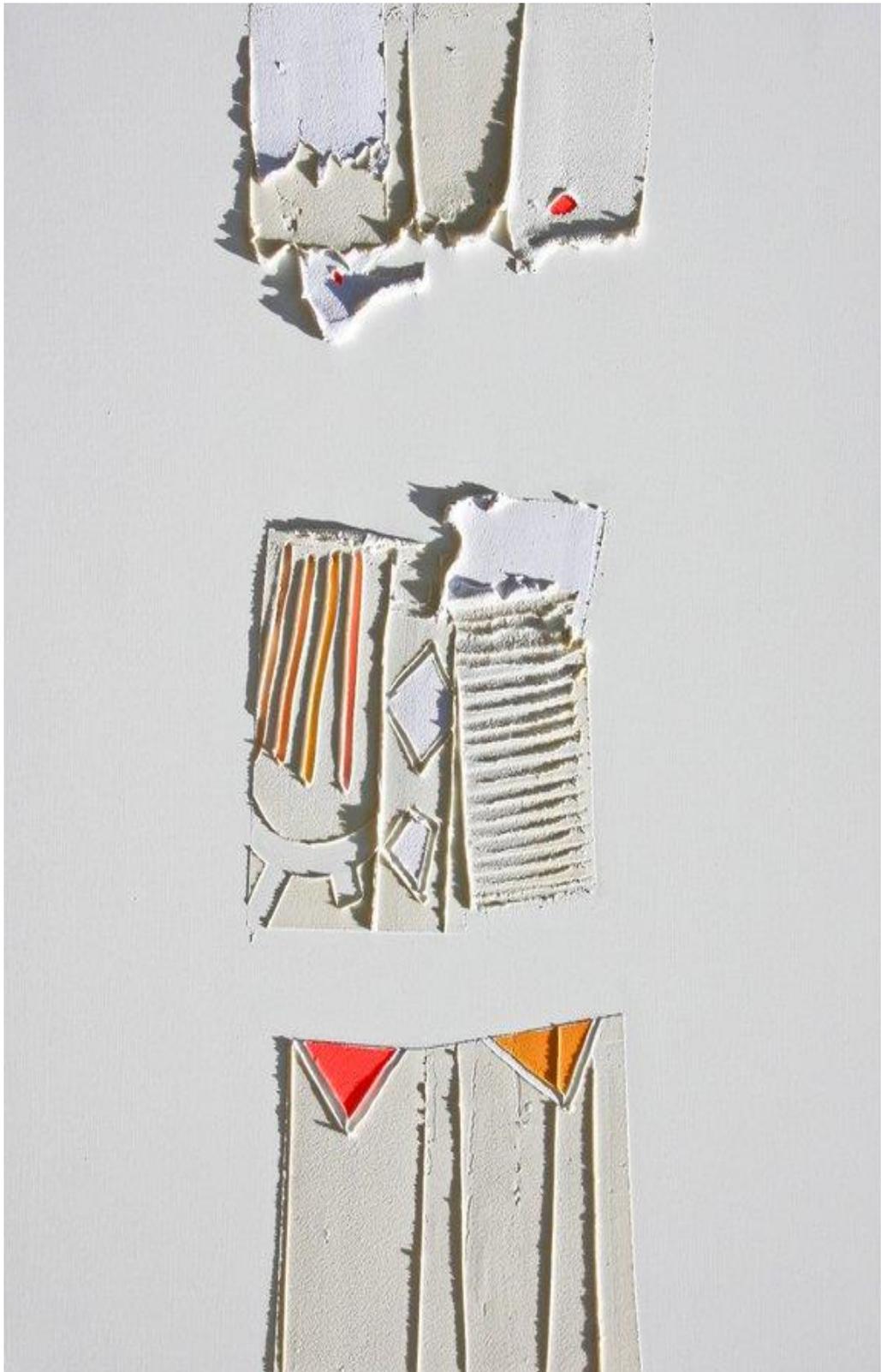
La costruzione di un nuovo diritto del lavoro

**Conversazioni sul lavoro a distanza
da agosto 2020 a marzo 2021**

promosse e coordinate da **Vincenzo Antonio Poso**

Gruppo delle Conversazioni sul lavoro del Convento di San Cerbone





Andrea Gabbriellini, *Mattino bianco*, 2001
(Ciclo Frantumazioni)

Riccardo Diamanti

La violazione dei protocolli anticovid-19 come condotta antisindacale

* Il presente contributo, unitamente al decreto del Tribunale di Treviso 2 luglio 2020, n. 2571, è stato già pubblicato sulla *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro* n. 4/2020, II, 788 ss.

SOMMARIO: 1. Il fatto - 2. Sicurezza e comportamento antisindacale - 3. L'interazione tra autonomia collettiva e legge - 4. Standard di sicurezza e ruolo dell'autonomia collettiva nell'ambito di corrette relazioni sindacali. Riflessività e plurioffensività.

1. Il fatto.

Il Tribunale di Treviso, con decreto 2 luglio 2020 n. 2571¹, ha ritenuto antisindacale il comportamento di una società, subentrata ad altra nell'appalto del servizio di pulizia, sanificazione e smaltimento dei rifiuti in ospedale, che aveva escluso le RSA e RLS CISL dal Comitato per l'applicazione e la verifica delle regole del Protocollo di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del

¹ Il provvedimento giudiziale è stato pubblicato, insieme al presente contributo, sulla *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro* n. 4/2020, II, 788 ss.

virus Covid-19 negli ambienti di lavoro ² (nel caso di specie sottocomitato dell'area Nord-Est del Veneto).

Nell'ordinare l'ammissione delle rappresentanze sindacali al sottocomitato Nord-Est, il giudice precisa anche di ritenere corretta attuazione del Protocollo la costituzione di un Comitato nello specifico luogo di lavoro Ospedale Cà Foncello, con la partecipazione delle RLS e delle RSA della CISL.

Questa seconda parte del dispositivo costituisce un provvedimento di accertamento, anomalo rispetto alla struttura dei provvedimenti ex art. 28 St. Lav., che costituiscono ordini di cessazione della condotta antisindacale e di rimozione dei relativi effetti³.

Secondo il datore di lavoro la costituzione del Comitato all'interno dell'ospedale di riferimento non era obbligatoria, non essendo il Protocollo una fonte di diritto vincolante e non avendo comunque previsto la necessità di un Comitato all'interno di singoli cantieri (quali l'Ospedale in oggetto), ma solo a livello aziendale.

Viceversa, per il giudice, il Protocollo è una fonte di diritto vincolante richiamato dalla normativa emergenziale anticovid e va interpretato come finalizzato alla realizzazione di Comitati di controllo a livello delle specifiche singole realtà produttive concretamente interessate dall'emergenza sanitaria.

In questo ambito la partecipazione del RLS e anche della RSA è prevista proprio per adottare misure concordate ed efficaci rispetto a tali realtà.

Pertanto la costituzione in azienda del Comitato va intesa come costituzione nella specifica realtà territoriale e ambientale dove l'attività del datore di lavoro viene

² Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro, sottoscritto il 14 marzo 2020 dal Presidente del Consiglio dei Ministri, Ministro del Lavoro, Ministro dello Sviluppo Economico, Ministro della Salute, CGIL, UIL, CISL, UGL, Confindustria, Confesercenti, CasaArtigiani, Rete Imprese Italia, CNA, Confartigianato, Confcommercio, Confapi, Lega Coop, Alleanza Cooperative, Confcooperative, AGCI, Confimi, FederDistribuzione, Confprofessioni, integrato in data 24 aprile 2020. Quest'ultimo è richiamato dall'art. 2 del DPCM 13 ottobre 2020.

³ L'opinione dominante esclude la possibilità di un mero accertamento nell'ambito dell'azione ex art. 28 St. Lav.. V. M. Persiani, *Condotta antisindacale, interesse del sindacato, interesse collettivo ed interesse individuale dei lavoratori*, Pol. Dir, 1971, 543., v. anche M. Martone, *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, in *La Tutela dei diritti nel processo del lavoro* a cura di Matteo dell'Olio, I. Piccinini e P. Ferrari, Giappichelli, 2008, 1 ss.

svolta (nel caso di specie l'Ospedale di Cà Foncello), in quanto è in quella realtà che si manifestano le specifiche esigenze da monitorare e le risposte adeguate, grazie al coinvolgimento delle persone che ci lavorano, quali il RLS e i componenti delle RSA⁴.

Nella condotta datoriale viene individuato uno scorretto adempimento all'obbligo di sicurezza ed un comportamento antisindacale.

2. Sicurezza e comportamento antisindacale.

Il punto qualificante è la valutazione del corretto adempimento all'obbligo di sicurezza aziendale, in relazione alla pandemia Covid-19, con il conseguente ruolo attivo delle organizzazioni sindacali ed il diritto delle stesse a partecipare a tutte le articolazioni organizzative istituite, o da costituire, per garantire adeguata protezione rispetto al rischio Covid-19.

In merito il Protocollo Covid-19 del 14 marzo 2020, integrato il 24 aprile 2020, prevede tutta una serie di adempimenti, tra cui la costituzione in azienda di un Comitato per l'applicazione e verifica delle regole dello stesso Protocollo, con la partecipazione delle rappresentanze sindacali aziendali e del RLS.

Il Protocollo del 14 marzo 2020 (integrato in data 24 aprile 2020) costituisce una forma di contrattazione ritenuta vincolante, prevista dal DPCM 11 marzo 2020 (emesso in attuazione dalla legge 88/400), a sua volta attuativo dell'art. 3 del decreto legge 6/2020⁵.

⁴ Sul tema v. P. Pascucci, in *Dovere-Pascucci, Covid-19 e tutela della salute e sicurezza dei lavoratori*, in *DLRI*, 2020, 373, in part. 380, che sottolinea " ... la specialità di un sistema emergenziale che sembrerebbe improntato ad originali modelli lato sensu cogestionali, ben diversi da quelli che regolano la VDR. Per altro verso, il ruolo attribuito a tale Comitato induce a chiedersi se non ci si trovi dinanzi ad una sorta di "commissariamento" del datore di lavoro".

⁵ Sul punto v. P. Pascucci, in *Dovere-Pascucci, op. cit.*, 387, che sottolinea come il Protocollo trovi generale applicazione anche al di fuori dei soggetti iscritti alle associazioni stipulanti. Nello stesso senso, S. Dovere, in *Dovere-Pascucci op. cit. ibidem*; M. Marazza, *L'art. 2087 c.c. nella pandemia Covid-19 (e oltre)*. *Q. Riv.*, 2020, I, 267 ss, in part. 268, nota 3.

Il Protocollo, nel suo preambolo, espressamente dichiara di favorire il confronto preventivo con le rappresentanze sindacali presenti nei luoghi di lavoro o le rappresentanze territoriali per le piccole imprese “ ... *affinché ogni misura adottata possa essere condivisa e resa più efficace dal contributo di esperienza delle persone che lavorano, in particolare degli RLS e degli RLST, tenendo conto della specificità di ogni singola unità produttiva e delle situazioni territoriali*”

Dal complesso delle fonti si ricava come la partecipazione del sindacato al Comitato, attraverso le RSA e le RLS, sia ritenuta particolarmente significativa proprio perché l'efficacia delle misure anticovid è senza dubbio collegata alle specificità delle organizzazioni produttive ed all'apporto che tutti i soggetti coinvolti nell'organizzazione possono dare.

Nel provvedimento giudiziale si evidenzia come le risposte debbano necessariamente essere differenziate a seconda delle singole realtà e pertanto, nel caso di specie, il Comitato avrebbe dovuto essere costituito nell'Ospedale di Cà Foncello di Treviso ed il confronto con tutti i rappresentanti sindacali aziendali costituisce garanzia di una risposta adeguata ad ogni singola realtà produttiva.

Così il corretto adempimento all'obbligo di sicurezza passa attraverso il confronto e il contributo dell'organizzazione sindacale locale, con il massimo grado di decentramento, ed il rifiuto del confronto con una organizzazione sindacale costituisce comportamento antisindacale⁶.

Un adeguato decentramento organizzativo rispetto alle misure di sicurezza diventa pertanto parametro di valutazione di un corretto e fisiologico svolgimento delle relazioni sindacali.

3. L'interazione tra autonomia collettiva e legge.

È stato evidenziato come nell'emergenza Covid-19 *“l'obiettivo di contemperare la ripresa delle attività produttive con l'esigenza di assicurare l'integrità psicofisica dei dipendenti, è il compito di un “diritto riflessivo” in cui le parti sociali giocano un ruolo*

essenziale nel progettare, attuare e monitorare un'efficace attività di prevenzione e protezione, onde evitare che la ripartenza economica non si traduca in un'ulteriore crisi epidemiologica, questa volta concentrata nei luoghi di lavoro”⁷

Il DPCM 11 marzo 2020 rinvia a Protocolli contenenti le misure di contenimento della diffusione del Covid-19, e il DPCM 22 marzo 2020, il successivo DPCM 10 aprile 2020 e, da ultimo, il DPCM 3 novembre 2020 (all'art. 4), ribadiscono l'obbligo di rispettare il Protocollo da parte delle imprese la cui attività non sia sospesa.

Il D.L. 16 maggio 2020 n. 33, convertito in legge il 14 luglio 2020 n. 74, a sua volta prevede all'art 1 comma 13 che *“il mancato rispetto dei contenuti dei Protocolli o delle linee guida, regionali o, in assenza, nazionali di cui al comma 14, che non assicuri adeguati livelli di protezione, determina la sospensione dell'attività fino al ripristino delle condizioni di sicurezza”*.

Così il valore vincolante del Protocollo, che costituisce pur sempre un accordo tra Governo e parti sociali, si ricava dalla stessa fonte legislativa che lo richiama, collegando alla sua mancata attuazione il provvedimento amministrativo della sospensione dell'attività sino al momento in cui siano ripristinate le condizioni di sicurezza derivanti dalla piena realizzazione delle misure previste.

L'attuazione di queste misure costituisce comunque misura di valutazione del corretto adempimento all'obbligo di sicurezza ai sensi dell'art. 2087 c.c., come statuito dall'art. 29 bis della legge 40/2020⁸, dal momento che nei Protocolli vanno a

⁶ Più in generale sulle problematiche relative a rappresentatività e rifiuto di trattare con alcuni sindacati v. S. Donini, *Rappresentatività, effettività ed antisindacalità del rifiuto a trattare: il caso Ryanair*, Q. Riv., 2020, II, 410 ss

⁷ A. Perulli, *“Diritto riflessivo e autonomia collettiva al tempo di Covid-19”*, Q. Riv 2020, 799.

⁸ L'art. 29 bis della L. 40/2020 prevede *“ai fini della tutela contro il rischio di contagio da Covid-19, i datori di lavoro pubblici e privati adempiono all'obbligo di cui all'articolo 2087 del codice civile mediante l'applicazione delle prescrizioni contenute nel protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del Covid-19 negli ambienti di lavoro, sottoscritto il 24 aprile 2020 tra il Governo e le parti sociali, e successive modificazioni e integrazioni, e negli altri protocolli e linee guida di cui all'art. 1, comma 14, del D.L. 16 maggio 2020, n. 33, nonché mediante l'adozione e il mantenimento delle misure ivi previste. Qualora non trovino applicazione le predette prescrizioni, rilevano le misure contenute nei protocolli o accordi di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale”*. Sostiene la

confluire le acquisizioni della miglior scienza ed esperienza in ordine alla prevenzione delle infezioni da Covid-19⁹

La vincolatività del Protocollo deriva così da una duplice fonte.

Da un lato previsioni contenute nella normativa collegata all'emergenza Covid-19¹⁰. Per altro verso la vincolatività si ricava altresì dall'obbligo datoriale di garantire la sicurezza sul lavoro, ex art. 2087 c.c.¹¹, attraverso un processo di continua ricezione delle migliori acquisizioni della scienza e della tecnica relative alla problematica di riferimento.

L'art. 29 bis della legge 40/2020 costituisce la norma di chiusura del sistema delle fonti, collegando il corretto adempimento all'obbligo di cui all'art. 2087 c.c., rispetto al rischio Covid-19, alla attuazione dei protocolli.

A sua volta quest'obbligo è positivizzato dal richiamo alle buone prassi e linee guida di cui all'art. 2 comma 1, lettera V e Z del decreto legislativo 81/2008, che indica le linee guida, predisposte da varie autorità amministrative, come atti di indirizzo e coordinamento per l'applicazione della normativa in materia di salute e sicurezza.

natura esaustiva e sostitutiva dei protocolli rispetto all'art. 2087, A. Maresca, *Il rischio di contagio da Covid-19 nei luoghi di lavoro: obblighi di sicurezza e art. 2087 c.c. (prime osservazioni sull'art. 29 bis della L. 40/2020*, DSL, 2, 2020, 1 ss., in part. 7.

⁹ Sul principio in generale, costantemente ribadito, v., recentemente, Cass. 11 febbraio 2020 n. 3282, ed in passato, Cass. Pen. Sez. IV, 29 aprile 1994, secondo cui il corretto adeguamento alle conquiste della migliore esperienza tecnica costituisce condotta necessaria per tutelare l'integrità fisica e la personalità morale del lavoratore, stimolando il datore di lavoro, in adempimento di un vero e proprio obbligo, ad aprirsi alle nuove acquisizioni tecnologiche e scientifiche. Si tratta di una visione dinamica in cui le regole di condotta positivizzate potrebbero essere comunque integrate da ulteriori progressi consolidati nell'ambito del mondo scientifico. Sul punto v. M. Marazza, *op. cit.*, 27 ss. Tuttavia è una evenienza rara, visto il costante adeguamento del dato positivizzato reso inevitabile dalla particolare pericolosità sociale del virus Covid-19.

¹⁰Art. 1, comma 2, D.L. 19/2020, nonché art. 1 comma 3 DPCM 22 marzo 2020, art. 2 comma 10 DPCM 10 aprile 2020, D.L. 16 maggio 2020 n. 33, art. 1 comma 14.

¹¹ In merito v. M. Marazza, *op. cit.*, 267 ss, che evidenzia come i principi generali sull'adeguamento sulla miglior scienza ed esperienza, per la prima volta, debbano essere verificati in relazione di una pandemia, in una situazione in continuo divenire. Peraltro in linea teorica la responsabilità del datore di lavoro non può essere esclusa per il solo fatto che siano state correttamente rispettate le misure introdotte attraverso i Protocolli o altra normativa emergenziale. Sul punto v. M. Marazza, *op. cit.*, 275; così anche S. Dovere, in *Dovere-Pascucci*, *op. cit.*, 389.

Le linee guida vengono alimentate dalle attività degli organismi paritetici previste dalla lettera EE) dello stesso art. 2 comma 1, sedi privilegiate per la raccolta di buone prassi ai fini prevenzionistici.

Le regioni, a loro volta, hanno avuto la possibilità di adattare il Protocollo alle rispettive realtà.¹²

Si tratta di un complesso sistema di rinvii circolari che è stato anche recentemente identificato come espressione di una doppia riflessività.

In particolare dal Protocollo alla normativa sulla sicurezza e viceversa, in un gioco di specchi finalizzato al raggiungimento del massimo grado di efficacia delle misure concretamente applicabili nelle singole attività produttive¹³, anche attraverso ulteriori accordi integrativi¹⁴.

Si tratta di un sistema articolato attraverso una serie di richiami reciproci tra contrattazione collettiva, disposizioni legislative e regolamentari, che consentono l'elaborazione di un quadro compiuto ed autoreferenziale¹⁵.

La valorizzazione del ruolo del diritto riflessivo è stata peraltro oggetto di ulteriori approfondimenti in un ambito più vasto, relativo al rapporto tra interventi europei in materia di diritto del lavoro ed i singoli sistemi nazionali, con l'individualizzazione di un metodo aperto di coordinamento (OMC), collegato alla "*strategia di Lisbona*", od ancora in relazione al processo di globalizzazione del diritto del lavoro¹⁶.

¹² Sul punto v. A. Perulli, *op. cit.*, 306

¹³ A. Perulli, *op. cit.* 303, che sottolinea come "*il diritto riflessivo del lavoro, quale paradigma di un'attività che si produce attraverso il rinvio all'autonomia collettiva, si snoda attraverso molteplici organismi riflessivi, che risolvono i problemi di efficacia e vincolatività delle misure emergenziali previste dalle parti sociali, altrimenti sprovviste di una solida base giuridica*"

¹⁴ Tra gli altri v. Accordo del gruppo F.C.A. del 9 aprile 2020.

¹⁵ A. Perulli, *op. cit.* 300; A. Febbrayo – C. Pennisi, introduzione, in G. Teubner, *Il diritto come sistema autopoietico*, Giuffrè, XI,; G. Teubner, *Substantive and Reflexive Element in Modern Law*, *Law Society Review*, 17, 2, 1983, 239-286

¹⁶ R. Rogowski, R. Salais, N. Whiteside, *Transforming European Employment Policy*, Edward Elgar, Cheltenham, UK, 2013, 233 e 236, nonché R. Rogowski, *Reflexive Labour Law in the World Society*, Edward Elgar, Cheltenham, UK, 2013, 3 ss

4. Standard di sicurezza e ruolo dell'autonomia collettiva nell'ambito di corrette relazioni sindacali. Riflessività e plurioffensività.

L'integrazione tra fonti legislative e fonti contrattuali è diretta comunque a predisporre le migliori condizioni di sicurezza possibili in ogni caso concreto, e in questa prospettiva la collaborazione tra le parti sociali appare imprescindibile per permettere la individuazione delle migliori misure nella specifica realtà produttiva.

Perché ciò avvenga, deve essere adeguatamente garantita l'interlocuzione tra le parti, che possono tradurre la loro esperienza e conoscenza in misure più efficaci per prevenire la diffusione del virus.

Da qui una scelta di fondo tesa a valorizzare la costituzione di Comitati articolati possibilmente a livello periferico, proprio per garantire quella individualizzazione delle misure di sicurezza che può essere ricavata dalle conoscenze concrete dei soggetti interessati.

In questa prospettiva il Protocollo integrativo del 24 aprile 2020, all'art. 13, ribadisce la caratterizzazione aziendale del Comitato di controllo sull'applicazione delle regole di Protocollo, con la partecipazione delle RSA e delle RLS, prevedendo che solo “ ... *laddove, per la particolare tipologia di impresa e per il sistema delle relazioni sindacali, non si desse luogo alla costituzione dei comitati aziendali, verrà istituito un Comitato Territoriale composto dagli organismi paritetici per la salute e la sicurezza, laddove costituiti, con il coinvolgimento degli RLST e dei rappresentanti delle parti sociali*”.

L'opzione preferita resta quindi la costituzione a livello aziendale, che appare riferita a qualsiasi unità locale che abbia un minimo di consistenza organizzativa (nel caso deciso dal Tribunale di Treviso, l'Ospedale di Cà Foncello operavano ben 170 dipendenti della convenuta Rekeep).

Il rifiuto datoriale di interloquire con RSA e RLS CISL, escludendoli dal Comitato del Nord Est, e la mancata costituzione di un Comitato presso l'unità lavorativa, integrano un comportamento antisindacale che può essere considerato

plurioffensivo¹⁷, in quanto vi è una contemporanea lesione sia dell'interesse sindacale alla piena partecipazione ad un Comitato preordinato alla vigilanza sull'attuazione di misure di sicurezza, sia dell'interesse pubblico alla prevenzione dell'infezione con la massima articolazione decentrata possibile del controllo sull'applicazione delle stesse misure¹⁸, sia dell'interesse individuale dei singoli lavoratori alla tutela della propria incolumità.

Si tratta di una plurioffensività più articolata rispetto a quella usuale, che vede affiancarsi la lesione dell'interesse collettivo alla violazione di un diritto individuale.

In questo caso entra in gioco anche una lesione dell'interesse pubblico (diritto alla salute) minacciato dalla mancata attivazione del corretto confronto tra le parti sociali nel momento dell'adattamento delle misure preventive alla realtà aziendale.

La violazione del Protocollo, sotto i profili evidenziati, ledendo tre interessi distinti, pone in termini inconsueti, anche se non inediti, il tema della plurioffensività.

In particolare l'eventuale provvedimento di sospensione dell'attività assunto dalla PA può dar luogo ad un giudizio di fronte al Giudice Amministrativo, che concorre con l'azione individuale del singolo lavoratore e con quella promossa dal sindacato ex art. 28 St. Lav.

Nella tradizionale plurioffensività la giurisprudenza prevalente ritiene l'azione ex art. 28 St. Lav. e quella individuale del tutto indipendenti, con ambiti soggettivi ed oggettivi diversi e con autonoma coesistenza, senza reciproche interferenze¹⁹.

Potrebbe essere mantenuto lo stesso approccio anche rispetto all'azione di fronte al Giudice Amministrativo.

¹⁷ La plurioffensività è normalmente riferita alla contemporanea lesione dell'interesse sindacale e di un diritto individuale. V. Cass. 27 febbraio 2017 n. 4899, in un caso di licenziamento determinato da motivi sindacali.

¹⁸ La confluenza tra tutela della salute dei lavoratori e il diritto sindacale al relativo controllo è stata stabilita positivamente dall'art. 9 dello Statuto dei Lavoratori. Sul rapporto tra autonomia negoziale privata e potestà normativa, in relazione alla tutela della salute, v. P. Pascucci, *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro: novità e conferme sullo ius superveniens del D.P.C.M. 22 marzo 2020 e soprattutto del D.L. n. 19/2020*, *DRI Sic. Lav.*, 2020, 1, 123.

¹⁹ Cass. 21 settembre 2015 n. 18539; Cass. 8 luglio 2013 n. 16930 che escludono anche la forma debole della c.d. efficacia riflessa del giudicato. Viceversa sottolinea i profili di interferenza giungendo a parlare di una interdipendenza di profili individuali e collettivi degli interessi protetti, C. Stato, Sez. IV, 29 ottobre 2002 n. 5924.

Tuttavia la possibile esistenza di tre esiti diversi su una materia così delicata, che coinvolge profili di sicurezza sul luogo di lavoro, corretta attuazione delle relazioni sindacali e salute pubblica, suscita qualche perplessità²⁰.

In ogni caso, la corretta sintesi degli interessi è resa possibile dal gioco di specchi della riflessività, che presuppone una adeguata e completa attuazione delle misure di prevenzione e controllo previste dal Protocollo.

²⁰ La tematica richiede un approfondimento che esula dai limiti di questo scritto. In generale v. S. Menchini, voce *Sospensione del processo civile*, *Enc. dir.*, XLII, 1 ss, in part. 23 ss.