

## GREEN PASS E LUOGHI DI LAVORO PRIVATI

### Le nuove regole: adempimenti, sanzioni, vigilanza

#### Durata

Le nuove regole, che modificano l'art. 9-sexies del D.L. 52/2021, valgono dal 15 ottobre 2021 e perdurano fino al 31 dicembre 2021, termine di cessazione dello stato di emergenza (salvo proroghe).

#### In quali luoghi di lavoro

Praticamente tutti: cioè imprese, studi professionali, associazioni anche di volontariato, cooperative sociali ecc. Qualche dubbio è stato sollevato per le collaborazioni familiari che si svolgono in ambito domestico, ma l'amplessima formulazione legislativa ("chiunque svolge una attività lavorativa nel settore privato") non pare dar adito a dubbi e non giustifica esclusioni di sorta.

Restano ovviamente ferme le norme già emanate in tema di vaccinazione e green pass nelle strutture sanitarie, sociosanitarie, scuole, università ecc. In tali settori la normativa emanata in precedenza resta disciplina speciale e prevale su questa di carattere generale, in caso di difformità.

#### Quali lavoratori

Anche qui l'amplessima formulazione legislativa non giustifica esclusioni. La norma pare riferirsi a una nozione di lavoratore tout court, quindi ricomprendendovi tutti coloro che svolgono una attività lavorativa sia subordinata, sia autonoma, sia di formazione (stagisti, praticanti ecc.), sia gratuita. Sono ricompresi anche i dipendenti che operano all'interno dell'azienda ma alle dipendenze di altri datori di lavoro "sulla base di contratti esterni" (formulazione involuta e ambigua che vorrebbe far riferimento alle varie forme di intermediazione: appalto, trasporto, ecc.).

La formulazione testuale - che introduce l'obbligo di Green pass "ai fini dell'accesso nei luoghi in cui la predetta attività è svolta" - sembrerebbe escludere i lavoratori che operano da remoto anche in regime di smart working dalla propria abitazione. E tale eccezione si giustifica proprio in relazione alla ratio legis, essendo l'eccezionale misura finalizzata alla prevenzione di un contagio epidemico e quindi alla frequentazione di

ambienti esterni alla propria abitazione. Anche tali lavoratori, tuttavia, dovranno esibire il green pass quando, anche occasionalmente, dovessero recarsi sul luogo di lavoro.

Sono esentati dall'obbligo di esibizione del green pass, ovviamente, i lavoratori esenti dalla campagna vaccinale sulla base di idonea certificazione secondo i criteri definiti con circolare del Ministero della salute (Circ. Min. Salute n. 35309 del 4.8.21).

### **Obblighi dei lavoratori – Nelle imprese maggiori**

L'obbligo imposto ai lavoratori è quello di "possedere ed esibire su richiesta" il green pass.

Le conseguenze civilistiche della mancata esibizione sono:

al lavoratore senza g.p. è inibito l'accesso in azienda;

il lavoratore privo di green pass è ritenuto assente ingiustificato, però non gli si potrà applicare alcuna sanzione disciplinare e non potrà essere licenziato (il lavoratore ha anzi diritto alla conservazione del posto);

quel lavoratore, nei giorni di assenza, non matura il diritto a qualsiasi tipo di retribuzione né mensile né differita (TFR, 13.1, 14.a, ferie, ecc.).

La disposizione sub c) appare poco chiara e merita un approfondimento. Se l'assenza è ingiustificata il lavoratore è inadempiente e l'assenza assume quindi rilevanza disciplinare. La legge, infatti, non esclude che l'assenza abbia rilevanza disciplinare: si limita ad escludere le conseguenze disciplinari, introducendo quindi una sorta di esimente della responsabilità disciplinare (sei assente ingiustificato, quindi sei inadempiente, ma non sarai punito). In via prudenziale, quindi, è opportuno che l'azienda:

inserisca l'obbligo di green pass fra le infrazioni disciplinari previste dal Codice Disciplinare affisso in azienda ai sensi dell'art. 7, primo comma, della L. 300/70, prevedendo espressamente l'assenza di sanzione ma la perdita della retribuzione;

invii al lavoratore assente una formale lettera di contestazione disciplinare avvertendolo che non gli sarà applicata alcuna sanzione ma gli sarà sospesa la retribuzione.

Nelle imprese maggiori il lavoratore non può essere sospeso per un periodo determinato (così come è previsto per le imprese minori) e resterà quindi lui arbitro della durata del periodo di assenza ingiustificata, nel senso che egli può tornare in azienda in qualsiasi momento, non appena entrato in possesso del green pass (per essersi vaccinato o aver fatto il tampone). Viene da chiedersi se il datore di lavoro possa assumere a tempo determinato in sua sostituzione un altro lavoratore; e la risposta non può che essere

positiva avendo da tempo la giurisprudenza sancito la legittimità dell'apposizione al contratto di lavoro del cd. termine "incertus quando", consentendo cioè di individuarne la durata non in relazione a un preciso lasso temporale ma facendo riferimento al rientro in servizio (o, nel nostro caso, alla riacquisizione delle condizioni di idoneità lavorativa) di un determinato lavoratore nominativamente indicato nel medesimo contratto individuale di lavoro (fra le più recenti v. Cass., Sez. lavoro, Ordinanza, 03/10/2019, n. 24765; Cass., Sez. lavoro, 26/07/2018, n. 19860).

### Nelle imprese minori

Una diversa disciplina il legislatore introduce (art. 9 sexies, comma 7), per ragioni invero non chiarissime, nelle imprese "con meno di quindici dipendenti" (cioè fino a 14); un limite di organico, questo, che non corrisponde a quello di solito utilizzato dal legislatore, ad es. negli art. 18 e 36 dello Statuto dei Lavoratori, laddove, nel delimitare il campo di applicazione della norma, si parla di datore di lavoro che occupa "più di quindici dipendenti" (escludendo quindi quelle fino a 15). In questo caso il limite, chissà perché, scende di una unità.

Nelle imprese minori, quindi, il legislatore ha attribuito al datore di lavoro una possibilità in più. Trascorsi, infatti, cinque giorni di assenza ingiustificata, questi può sospendere il rapporto di lavoro. In tal modo, non sarà più il lavoratore privo di green pass a decidere quando rientrare al lavoro, non potendo egli riprendere servizio fino alla scadenza della sospensione. Sembra una disposizione finalizzata a conferire maggiore stabilità organizzativa all'azienda minore consentendole di contare su una sostituzione più stabile e non rimessa alla discrezionalità del lavoratore assente. La sospensione, infatti, può essere disposta solo nel caso in cui sia stato assunto un sostituto; la durata della sospensione corrisponde a quella del contratto stipulato per la sostituzione e non può superare comunque i dieci giorni eventualmente rinnovabili, una sola volta, per altri dieci; in ogni caso la sospensione non può neanche travalicare il termine del 31 dicembre.

### Obblighi del datore di lavoro

Il datore di lavoro è il soggetto garante verso l'ordinamento del corretto adempimento delle nuove norme.

Egli ha il dovere di:

- impedire l'accesso e/o lo stazionamento in azienda al lavoratore sfornito di green pass;

- adottare le misure organizzative necessarie per effettuare i controlli anche “a campione” e “ove possibile” al momento dell’accesso;

-individuare “con atto formale” il soggetto competente al controllo dei green pass e della loro conformità alla legge nonché a rilevare le eventuali violazioni; non è previsto che tale soggetto debba essere necessariamente un dipendente, potendo anche trattarsi di soggetti esterni a ciò incaricati. Nel caso del dipendente, questi dovrà ricevere espressa e formale autorizzazione al trattamento dei dati nonché puntuali istruzioni in tal senso, ai sensi della normativa privacy vigente. Qualora il controllo sia demandato a un soggetto esterno, dovrà esser sottoscritto con il medesimo apposito atto giuridico ai sensi dell’art. 28 del Regolamento UE 2016/679 (c.d. “Nomina a Responsabile del trattamento”).

La norma nulla dice circa il collegamento fra le misure organizzative di verifica del green pass, il sistema prevenzionale aziendale e le altre misure adottate in attuazione del Protocollo anti covid. Un minimo di coordinamento fra tutti questi interventi appare comunque opportuno. Di tali misure e della nomina dell’incaricato della vigilanza sarà il caso, quindi, che vengano almeno informati il Responsabile del servizio di Prevenzione e Protezione nonché il Rappresentante dei Lavoratori per la Sicurezza. Ai sensi dell’art. 3 della L. 300/1970, i nominativi dei vigilatori devono poi essere comunicati anche a tutti i lavoratori con i mezzi che l’azienda riterrà più opportuni e secondo le prassi interne (avviso nella bacheca aziendale, comunicazioni individuali ecc.).

Il fatto che la legge consenta di effettuare il controllo anche a campione, può servire a semplificare notevolmente gli adempimenti a carico delle aziende. Resta ferma, comunque, l’estrema opportunità di controllare, quando possibile, all’ingresso, tutti i lavoratori.

### Le sanzioni amministrative

In caso di violazioni di tali obblighi (ossia se viene trovato in azienda un lavoratore sfornito di green pass o risulta che non siano stati predisposti i controlli) al datore di lavoro saranno applicate le sanzioni di cui all’art. 4, commi 1, 3, 5 e 9, del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19 (la solita sanzione amministrativa da 400 e 1000 euro, raddoppiabile in caso di reiterazione dell’illecito).

In caso di appalto o comunque in tutti i casi di lavori effettuati in azienda mediante contratti esterni (dipendenti di appaltatori, trasportatori) il controllo dovrà essere effettuato sia dal datore di lavoro diretto che dal committente. Nel caso della somministrazione, il controllo deve essere rimesso al solo datore di lavoro utilizzatore.

Sanzioni amministrative specifiche sono previste anche per i lavoratori i quali, privi di green pass, svolgano l'attività lavorativa o siano comunque entrati in azienda. Lo si evince sia dalla disposizione del comma 8 che, altrimenti sarebbe ridondante, sia dal riferimento ivi operato al fatto che restano "ferme le conseguenze disciplinari secondo i rispettivi ordinamenti", inciso che non può riferirsi al datore di lavoro sia, infine, dal fatto che per la violazione del comma 8 (cioè appunto l'accesso del lavoratore in azienda senza green pass) è prevista una sanzione specifica e più elevata di quelle applicabili ai datori di lavoro (da 600 a 1500 euro).

Allora è il caso di precisare quanto segue. Il lavoratore privo di green pass cui venga impedito l'accesso in azienda o che, per tale ragione non si rechi al lavoro, come detto, sarà considerato assente ingiustificato senza però incorrere in sanzioni disciplinari per tale assenza. Ma se quel lavoratore, contravvenendo le disposizioni di legge ed eventualmente eludendo i controlli, dovesse introdursi comunque in azienda, sarebbe passibile di sanzione amministrativa (ancor più severa di quella prevista per il datore di lavoro) ma sarebbe soggetto anche a sanzione disciplinare secondo le disposizioni di legge e di contratto collettivo.

È necessario, quindi, che tutto questo sia portato a conoscenza dei lavoratori inserendo nel Codice Disciplinare reso pubblico nelle forme di legge (oltre al caso già richiamato della mera assenza ingiustificata senza conseguenze disciplinari e senza retribuzione) anche una specifica previsione che evidenzia invece la rilevanza disciplinare del comportamento, più grave, consistente nella elusione dei controlli e nella violazione del divieto di accesso sul luogo di lavoro senza green pass. Per tale violazione occorrerà prevedere una specifica (severa) sanzione in conformità alle prescrizioni di legge e soprattutto del contratto collettivo di categoria. Tali inserimenti nel Codice disciplinare rientrano fra le misure organizzative che il datore di lavoro è tenuto ad adottare ai sensi del comma 4 e vanno quindi menzionate nel DVR.

### **Il lavoratore non vaccinato ma in possesso di green pass**

La qui descritta disciplina del green pass non deve indurre in errore nel ritenere che il lavoratore non vaccinato, ma in possesso del documento verde, possa essere liberamente adibito al lavoro. Il datore di lavoro, infatti, resta sempre responsabile della incolumità fisica dei propri dipendenti per cui deve evitare di esporli a rischi. Nello specifico, l'art. 279 del D. Lgs. 9 aprile 2008 n. 81, così recita: "1. Qualora l'esito della valutazione del

rischio ne rilevi la necessità i lavoratori esposti ad agenti biologici sono sottoposti alla sorveglianza sanitaria di cui all'articolo 41.

2. Il datore di lavoro, su conforme parere del medico competente, adotta misure protettive particolari per quei lavoratori per i quali, anche per motivi sanitari individuali, si richiedono misure speciali di protezione, fra le quali:

- a) la messa a disposizione di vaccini efficaci per quei lavoratori che non sono già immuni all'agente biologico presente nella lavorazione, da somministrare a cura del medico competente;
- b) l'allontanamento temporaneo del lavoratore secondo le procedure dell'articolo 42.”

In altre parole, nonostante il green pass, resta fermo l'obbligo del datore di lavoro di garantire la salute del lavoratore non vaccinato e attenersi alle eventuali prescrizioni che intervenissero da parte del medico competente. Se il medico competente, nell'ambito dei propri adempimenti in tema di sorveglianza sanitaria dovesse valutare che le sue abituali mansioni, nonostante l'uso delle normali precauzioni (mascherine, distanziamento ecc.) esponano il lavoratore a rischi eccessivi, il datore di lavoro sarà tenuto a reperire ed affidargli altre mansioni prive di quelle condizioni di rischio. E se da tale ricerca dovesse emergere che tali posizioni lavorative compatibili in azienda non siano disponibili, non resterebbe al datore di lavoro che sospendere il lavoratore senza retribuzioni a tempo indeterminato e in attesa che la situazione si sblocchi.

**Studio Legale Stolfa Volpe**

*Avv. Francesco Stolfa*