

Considerazioni “pragmatiche” su *green pass* e obblighi del lavoratore^{**}

di Umberto Gargiulo*

SOMMARIO: 1. Diritto del lavoro “pandemico” e dibattito su vaccino e *green pass*. – 2 Il *green pass* “all’italiana”. – 3. L’ambito soggettivo di applicazione. – 4. Il momento del controllo. – 5. Circa l’obbligo di comunicazione. – 6. Le conseguenze in caso di violazione degli obblighi in tema di certificazione verde. – 7. (segue) La peculiare disciplina del lavoro nelle imprese minori. – 8. La violazione del divieto di accesso ai luoghi di lavoro. – 9. Il *green pass* all’esterno della subordinazione.

1. Diritto del lavoro “pandemico” e dibattito su vaccino e *green pass*

È un dato ormai acquisito che la pandemia da Covid-19 abbia sottoposto il nostro ordinamento giuridico a uno *stress test* di enormi proporzioni e sono tanti i profili d’interesse che vengono in rilievo, alcuni dei quali eccedenti l’ambito d’indagine del giuslavorista¹. Anche in questi giorni il dibattito sulle caratteristiche, la durata e i limiti dello stato di emergenza, ulteriormente prorogato² al 31 marzo 2022 o, ancora, sull’opportunità di imporre un obbligo vaccinale generalizzato e circa la distinzione tra il *green pass* c.d. “base” e quello c.d. “rafforzato” stanno appassionando gli studiosi di diverse discipline.

Il diritto del lavoro, dal suo canto, è stato investito immediatamente, sin dai primi giorni del marzo 2020, da una congerie di norme che hanno impattato sulle attività d’impresa, sulle relazioni di lavoro e, quindi, sulla condizione dei lavoratori, tanto con riferimento ai profili di tutela della salute e della sicurezza³ quanto con

* Il contributo (aggiornato al 27 dicembre 2021 e che quindi non tiene conto di quanto previsto dal d.l. n. 1/2022) riproduce, con alcuni approfondimenti, la relazione dal titolo «Vaccinazione anti-Covid e Green pass: gli obblighi del lavoratore pubblico e privato» svolta al webinar sul tema «Vaccinazione anti Covid-19, Green pass, lavoro: sanzioni e tutele, tra pubblico e privato», organizzato il 22 ottobre 2021 dal Dipartimento di Scienze giuridiche dell’Università di Verona e dall’Ordine degli Avvocati di Verona.

** Umberto Gargiulo è professore ordinario di Diritto del lavoro nell’Università Magna Graecia di Catanzaro. gargiulo@unicz.it.

¹ V., ad esempio, tra i tanti, M. D’AMICO, *I diritti fondamentali alla prova dell’emergenza sanitaria da Coronavirus: profili costituzionali*, in “BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto”, 2020, n. 3, p. 31 ss. I. A. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali. Emergenza e potere legislativo*, in “Rivista AIC”, 2021, n. 1, p. 1 ss.; R. TARCHI (a cura di), *L’emergenza sanitaria da COVID-19: una prospettiva di diritto comparato*, in “Gruppo di Pisa, La Rivista”, Quaderno n. 1, 2020.

² Dal d.l. 24 dicembre 2021, n. 221.

³ M. MARAZZA, *L’art. 2087 nella pandemia COVID-19 (e oltre)*, in “Rivista italiana di diritto del lavoro”, 2020, I, p. 267 ss.; A. TURSI, *Rischio Covid-19 e obbligo di sicurezza del datore di lavoro: l’ennesima*

riguardo alle ricadute economiche della situazione in un contesto di (grave) recessione, prima, e di (significativa, ma incerta) ripresa, adesso.

La vaccinazione contro il SARS-CoV-2 è tema da mesi al centro del dibattito⁴, che si è incentrato – in assenza di un obbligo vaccinale previsto dalla legge in termini generali e vigente, finora, solo per categorie delimitate di prestatori – sulle conseguenze del rifiuto di vaccinazione da parte degli obbligati e sulla relazione tra l’obbligo (secondo alcuni, onere) di sottoporsi alla somministrazione del vaccino e l’art. 2087 c.c.

Sullo sfondo è rimasta invece la discussione sulla possibilità per il datore d’imporre, “all’americana”, la vaccinazione ai propri dipendenti⁵.

Altri, prima di chi scrive, hanno arricchito la discussione, alla quale non appare utile al momento, aggiungere altre parole, se non attendere le decisioni che il Governo potrebbe adottare sulla scia di quanto sta accadendo in altre nazioni europee, dove l’estensione dell’obbligo vaccinale rappresenta l’ultima reazione, talora tardiva, al dilagare dell’ennesima “ondata” di diffusione del virus⁶.

sfida della pandemia al diritto del lavoro, in “Variazioni su temi di diritto del lavoro”, 2020, p. 849 ss.; P. ALBI, *Sicurezza sul lavoro e pandemia*, in “Lavoro Diritti Europa”, 2021, n. 2, p. 1 ss.

⁴ Tra gli altri, senza alcuna pretesa di completezza, si possono segnalare: AA.VV., *Responsabilità ed obblighi di lavoratori e datori di lavoro dopo i nuovi protocolli sicurezza e vaccini*, ebook, Piacenza, La Tribuna, 2021; M. CERBONE, *Vaccinazione anti-Covid, autodeterminazione del lavoratore e riflessi sul rapporto di lavoro*, in “Dirittifondamenti.it”, 2021, n. 1; M. D’APONTE, *Sulla configurabilità di un obbligo generale del lavoratore di sottoporsi alla vaccinazione nell’ordinamento giuridico vigente*, in “Dirittifondamenti.it”, 2021, n. 2, p. 91 ss.; E. GRAGNOLI, *L’epidemia, la vaccinazione, il rifiuto e l’ultimo provvedimento normativo*, in “Lavoro Diritti Europa”, 2021, n. 2, p. 1 ss.; C. LAZZARI, *Obbligo vaccinale, Green pass e rapporto di lavoro*, in questa “Rivista”, 2021, n. 2, I, p. 4 ss.; M. MASSA, *Lavoro e vaccinazione contro il Covid-19. Note costituzionali su un dibattito giuslavoristico*, in “Quaderni costituzionali”, 2021, n. 1, p. 89 ss.; A. MATTEI, *Obbligo vaccinale e rapporto di lavoro*, in “WP CSDLE ‘Massimo D’Antona.IT’”, 2021, n. 442; G. NATULLO, *Vaccini e rapporti di lavoro tra obblighi di sicurezza e diritto all’autodeterminazione*, in questa “Rivista”, 2021, n. 1, I, p. 138 ss.; P. PASCUCCI, *SARS-CoV-2 e obbligo dei lavoratori di vaccinarsi*, in “Lavoro Diritti, Europa”, 2021, n. 3, p. 1 ss.; P. PASCUCCI, A. DELOGU, *L’ennesima sfida della pandemia Covid-19: esiste un obbligo vaccinale nei contesti lavorativi?*, in questa “Rivista”, 2021, n. 1, I, p. 8; G. PELLACANI, *La vaccinazione contro il Coronavirus (SARS-CoV-2) negli ambienti di lavoro tra norme generali in tema di prevenzione e tutela della salute e sicurezza, disciplina emergenziale per la pandemia COVID-19 e prospettive di intervento del legislatore*, in “Lavoro Diritti, Europa”, 2021, n. 1, p. 1 ss. C. PISANI, *Vaccino anti-Covid: oneri e obblighi del lavoratore alla luce del decreto per gli operatori sanitari*, in “Massimario di giurisprudenza del lavoro”, 2021, n. 1, p. 149 ss.; R. SANTUCCI, *Vaccinazione contro il Covid-19 ed effetti sulle posizioni soggettive nel contratto di lavoro*, in “Dirittifondamenti.it”, 2021, n. 2, p. 319 ss.; G. PROIA, *Emergenza Covid, impatto sul sistema della sicurezza del lavoro e obblighi di vaccinazione*, in “Massimario di giurisprudenza del lavoro”, 2021, n. 2, p. 400 ss.; A. RUGGERI, *La vaccinazione contro il Covid-19 tra autodeterminazione e solidarietà*, in “Dirittifondamenti.it”, 2021, n. 2, p. 170. Si veda anche, tra le prime opinioni, *Il vaccino anti Covid, scomoda novità per gli equilibri del rapporto di lavoro subordinato*, Intervista di M. BASILICO a A. MARESCA, R. RIVERSO, P. SORDI e L. ZOPPOLI, in www.giustiziainsieme.it, 22 gennaio 2021; P. ALBI, S. BELLOMO, C. CESTER, V. FERRANTE, F. FERRARO, E. GRAGNOLI, A. MARESCA, O. MAZZOTTA, A. PERULLI, R. PESSI, A. DI ZUMBO, A. DE MATTEIS, V. A. POSO, R. ROMEI, J. C. VILLALON, L. ZOPPOLI; *Per operatori sanitari e socioassistenziali è il momento dell’obbligo vaccinale?* Intervista di M. BASILICO a F. AMENDOLA, R. DE LUCA TAMAJO e V. A. POSO, in www.giustiziainsieme.it, 30 marzo 2021.

⁵ Cfr., al riguardo, la posizione di P. ICHINO, *Vaccino anti-Covid: può il datore di lavoro imporlo e, in caso di rifiuto, licenziare il lavoratore? Pro*, in “Il Quotidiano Giuridico”, 8 gennaio 2021.

⁶ È forse utile, sul punto, rinviare alla tripartizione proposta da altri nel raggruppare le diverse interpretazioni: cfr. A. MATTEI, *Obbligo Vaccinale e rapporto di lavoro*, cit. In merito, c’è chi ha ritenuto, sottolineando una relazione stretta tra art. 2087 c.c. e art. 32 Cost., che il datore di lavoro possa

Quanto all'obbligo di vaccinazione, il d.l. 1° aprile 2021, n. 44 (conv. dalla legge 28 maggio 2021, n. 76) ha introdotto *ex lege* l'obbligo di sottoporsi alla somministrazione del vaccino per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario⁷. Successivamente il d.l. 10 settembre 2021, n. 122 e la l. 24 settembre 2021 n. 133 (di conversione del d.l. 6 agosto 2011, n. 111) hanno opportunamente precisato la categoria dei professionisti sanitari interessati e hanno esteso il precetto ai lavoratori c.d. esterni, che vengono in contatto con gli ambiti protetti dalla legge. L'obbligo, circoscritto a talune categorie specificamente previste e finalizzato a «tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza», è stato poi ampliato dal d.l. 26 novembre 2021, n. 172.

La disciplina prevede che il prestatore inadempiente all'obbligo vaccinale (purché non giustificato da un pericolo per la salute) venga adibito a mansioni alternative disponibili, anche inferiori, in grado di escludere contatti interpersonali o a rischio di diffusione del contagio⁸. Laddove ciò non sia possibile, il lavoratore è sospeso dal lavoro e dalla retribuzione, fino all'assolvimento dell'obbligo vaccinale o al compimento del piano vaccinale e, comunque, non oltre il limite temporale fissato dal legislatore, già spostato in avanti di (allo stato, almeno) altri tre mesi.

esigere dai dipendenti la vaccinazione contro il Covid-19, nonostante la riserva di legge posta dall'art. 32 Cost., dal momento che il datore stesso è tenuto a considerare che la vaccinazione è utile per prevenire un danno sia ai propri dipendenti sia a terzi, in ragione dell'argomento per cui la libertà di non curarsi sancita dall'art. 32 Cost. non può spingersi al punto di ledere la salute altrui (lettura "rigorista"); diversamente, una lettura "garantista" ha affermato che la riserva di legge *ex art. 32 Cost.* può essere assolta solo con una norma speciale. Infine, si può individuare una lettura "mediana", che valorizza le norme prevenzionistiche. Pur rilevando che dalla normativa proveniente dal Testo Unico sulla sicurezza sul lavoro non si possa ricavare un obbligo vaccinale in capo al prestatore di lavoro, è stato posto in evidenza come tale sistema delinei un modello regolativo in grado di sostenere la vaccinazione, da cui derivano significative conseguenze nel caso in cui il prestatore non intenda sottoporvisi. Infatti, in capo al lavoratore non sussisterebbe un obbligo vaccinale, ma si configurerebbe un onere di sottoposizione alla vaccinazione. Pur rimanendo intatta la libertà di accedervi o meno, l'eventuale rifiuto implica in tal caso conseguenze che variano dall'adibizione a mansioni diverse fino a giungere al licenziamento per motivo oggettivo. Tuttavia, quest'ultimo è sottoposto alle condizioni e alle garanzie di cui all'art. 41 del d.lgs. n. 81/2008.

⁷ In argomento, v.: A. BOSCATI, *L'obbligo di vaccinazione introdotto dal d.l. n. 44/2021 tra principi costituzionali ed applicazione concreta*, in "Il diritto del mercato del lavoro", 2021, n. 2, p. 309 ss.; F. FERRARO, *Sulle conseguenze della mancata vaccinazione dopo il d.l. 44*, in "Lavoro Diritti Europa", 2021, n. 3, p. 1 ss.; V. MAIO, *Licenziamento e vaccino anti Covid 19. Perché serviva il decreto legge n. 44 del 2021 per obbligare gli operatori sanitari e cosa cambia ora*, in "Argomenti di diritto del lavoro", 2021, n. 2, p. 292 ss.; P. PASCUCCI, C. LAZZARI, *Prime considerazioni di tipo sistematico sul d.l. 1° aprile 2021, n. 44*, in questa "Rivista", 2021, n. 1, I, p. 152 ss.; R. RIVERSO, *Note in tema di individuazione dei soggetti obbligati ai vaccini a seguito del decreto-legge n. 44/2021*, in "Questionegiustizia.it"; F. SCARPELLI, *Arriva l'obbligo del vaccino (solo) per gli operatori sanitari: la disciplina e i suoi problemi interpretativi*, in "Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi", promosse e coordinate da V.A. POSO, 3 aprile 2021; M. VERZARO, *Ecce lex! L'obbligo di vaccinazione per gli operatori sanitari*, in "Lavoro Diritti Europa", 2021, n. 2, p. 1 ss.; G. ZAMPINI, *La vaccinazione anti SARS-CoV-2 negli ambienti di lavoro dopo il d.l. n. 44/2021*, in "Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni", 2021, n. 1, p. 85 ss.

⁸ *Ex multis* 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. n. 40/2020)*, in questa "Rivista", 2020, n. 2, I, p. 1 ss.

Ma ad appassionare gli studiosi e gli operatori del diritto è stata anche l'introduzione dell'obbligo di possesso della certificazione verde, il c.d. *green pass*, imposto a tutti i lavoratori privati e pubblici dallo scorso mese di settembre e di cui s'ipotizza ogni tanto un “irrobustimento”, con l'estensione anche al mondo del lavoro del *green pass* c.d. rafforzato, già applicabile a una serie di contesti nei quali non è più possibile accedere con il solo esito di un tampone molecolare o antigenico.

Con il d.l. 26 novembre 2021, n. 172⁹, infatti, è stato introdotto, accanto al *green pass* c.d. base, un certificato c.d. rafforzato, al momento non richiesto per l'accesso ai luoghi di lavoro: condizione che potrebbe cambiare nelle prossime settimane, rendendo sostanzialmente superate alcune delle riflessioni seguenti e, per converso, forse più pregnanti altre considerazioni che pure ci si accinge a formulare.

Per tale ragione, si è scelto in questa sede di concentrare l'attenzione sulla certificazione verde, evitando un intervento di taglio più generale, teorico – sulla natura dell'obbligo, sulla sua portata “politica” e sull'indiretta efficacia d'incremento della campagna vaccinale – puntando lo sguardo sui profili (non secondari) di carattere applicativo¹⁰ emersi finora e che potrebbero assumere maggiore rilievo parallelamente all'estensione temporale (già disposta) dell'obbligo di possesso della certificazione o all'irrigidimento (ipotizzato) delle condizioni per la sua acquisizione.

2. Il green pass “all'italiana”

Partiamo dalle caratteristiche del *green pass*, perché esse incidono sulla portata giuridica dell'obbligo imposto ai lavoratori¹¹.

La certificazione verde, com'è ormai ampiamente noto, viene generata nei seguenti casi: 1) aver effettuato la prima dose o il vaccino monodose da 15 giorni; 2) aver completato il ciclo vaccinale; 3) aver fatto la dose aggiuntiva al primo ciclo di vaccinazione; 4) essere risultati negativi a un tampone molecolare nelle ultime 72 ore o antigenico rapido nelle 48 ore precedenti; 5) essere guariti da Covid-19 nei sei mesi precedenti¹².

⁹ Al momento in cui viene consegnato questo contributo viene consegnato per la pubblicazione il decreto legge indicato nel testo non è ancora convertito.

¹⁰ V. già M. BASILICO, *Il problematico obbligo di green pass per lavoratori pubblici e privati (magistrati compresi)*, in www.giustiziainsieme.it, 25 settembre 2021.

¹¹ M. PERUZZI, *Covid-19 e sicurezza sul lavoro, tra obbligo vaccinale e green pass*, in questa “Rivista”, 2021, n. 2, II, p. 25 ss. Per un'analisi dei profili previdenziali v. anche F. MALZANI, *Vaccinazione, Green pass e lavoro. Riflessioni a margine del rapporto tra violazione dell'obbligo, tutela assicurativa e tutela previdenziale*, in questa “Rivista”, 2021, n. 2, I, p. 27 ss.

¹² Il tempo di emissione e la durata della certificazione variano, poi, a seconda della prestazione sanitaria a cui è collegata: 1) per la prima dose dei vaccini che ne richiedono due, la certificazione è generata dal 12° giorno dopo la somministrazione e ha validità a partire dal 15° giorno fino alla dose successiva; 2) nei casi di seconda dose e dose unica per infezione precedente

Quanto all'ambito dei rapporti di lavoro, occorre chiedersi, allora, come va configurato il *green pass* sul piano giuridico e, a seguire, quali sono le conseguenze connesse dalla legge alla violazione delle disposizioni sul possesso della certificazione per l'ingresso nei luoghi di lavoro.

La pluralità di canali attraverso cui si può ottenere il *green pass* incide, evidentemente, sulla fase di verifica del suo possesso e sulle ricadute in ambito lavorativo, esponendo la certificazione verde a una fisiologica *provisoria*¹³.

Questo elemento "strutturale" incide inevitabilmente su un profilo non secondario, vale a dire l'*organizzabilità* delle prestazioni lavorative e, più in generale, dell'attività produttiva da parte del creditore della prestazione. Ciò perché, in buona sostanza, nel momento in cui al datore di lavoro viene esibito il *green pass*, questi non è in grado di sapere attraverso quali canali sia stato ottenuto e, nel caso di certificazione conseguente a tampone, ha maggiori difficoltà nel prevedere l'assenza del lavoratore per futura (eventuale) carenza di certificazione e la durata dell'assenza stessa. Il rilievo, forse ovvio, incide sulle conseguenze connesse al comportamento del prestatore che risulti sfornito di certificazione ovvero non informato, preventivamente, della scadenza della stessa, del suo mancato rinnovo ecc.

Tutto ciò investito, evidentemente, l'ambito delle *conseguenze*: termine contenuto nel d.l. 21 settembre 2021, n. 127, dove si fa testuale, espresso riferimento alle «conseguenze disciplinari» della carenza di possesso o della mancata esibizione di certificazione verde.

La preliminare valutazione del profilo giuridico inerente alla certificazione, che può apparire una problematica teorica, non è però una questione astratta: l'inquadramento giuridico della certificazione e la qualificazione delle fattispecie che vi sono connesse, consente infatti di ragionare in relazione agli effetti, sul piano applicativo, della ricostruzione ipotizzata.

alla vaccinazione o infezione successiva almeno dopo 14 giorni dalla prima dose, la certificazione è generata entro un paio di giorni ed è valida per (inizialmente 12, attualmente) 9 mesi (che diverranno 6 dal 1° febbraio 2022) dalla data di somministrazione; 3) nei casi di vaccino monodose, la certificazione è generata dal 15° giorno dopo la somministrazione e sarà valida per 12 mesi; 4) nei casi di tampone negativo la certificazione è generata in poche ore e ha validità per 48 ore dall'ora del prelievo in caso di test antigenico rapido, di 72 ore in caso di test molecolare; 5) nei casi di guarigione da Covid-19 la certificazione è generata entro il giorno seguente e ha validità per 180 giorni (6 mesi). Cfr. anche i chiarimenti contenuti nelle FAQ diffuse dal Governo.

¹³ Va, peraltro, considerato che (anche per rendere più rapidamente e facilmente accettabile la misura da parte del Garante della Privacy) il trattamento dei dati è praticamente ridottissimo e la raccolta degli stessi sostanzialmente vietata. Secondo Cons. Stato, sez. III, 17 settembre 2021, n. 5130 (ord.), in "De Jure", «il prospettato rischio di compromissione della sicurezza nel trattamento dei dati sensibili connessi alla implementazione del cd. *Green pass* appare rivestire carattere meramente potenziale» destinato a soccombere rispetto al «depotenziamento degli strumenti (quali, appunto, quello incentrato sull'utilizzo del cd. *Green pass*) destinati ad operare in modo coordinato, anche al fine di garantirne l'efficacia sul piano della regolazione delle interazioni sociali (con particolare riguardo ai contatti tra soggetti vaccinati, o altrimenti immunizzati, e soggetti non vaccinati), con la campagna vaccinale in corso». V. anche L. D'ARCANGELO, *Tutela della salute pubblica e privacy dei lavoratori: una nuova cultura dei controlli?*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Tutela della salute pubblica e rapporti di lavoro*, in "Diritti Lavori Mercati", Quaderno n. 11, p. 369 ss.; A. INGRAO, *Pandemia, protezione dei dati personali, accertamenti sanitari, vaccini, green pass e dintorni*, in "Lavoro Diritti, Europa", 2021, n. 3, p. 1 ss.

Forse, anche con riferimento al possesso del *green pass*, si può richiamare – come già è stato fatto da alcuni autori per l’ipotesi d’imposizione della vaccinazione – la figura dell’onere¹⁴ (in luogo di quella dell’obbligo), attraverso cui l’ordinamento giuridico prescrive al soggetto un determinato comportamento che, se non realizzato, può dare luogo a conseguenze pregiudizievoli. Il prestatore di lavoro, nel nostro caso, è libero di *non* porre in essere il comportamento richiesto, ma tale condotta, in quanto essenziale per lo svolgimento della prestazione lavorativa, va ad incidere sul contratto.

Occorre poi chiedersi se il *green pass* configuri un presupposto dell’attività lavorativa o piuttosto un elemento dell’obbligazione, distinzione non sempre agevole, rispetto alla quale, tuttavia, sembra doversi propendere per la prima ipotesi. La certificazione, infatti, serve *per* lavorare: meglio, occorre per accedere al luogo di lavoro; non è dunque un elemento della prestazione, intesa come attività lavorativa, e non configura un concreto *facere* cui il lavoratore è tenuto.

Sul piano degli effetti, quanto ai profili in esame, evidentemente, non cambia molto. Se il *green pass* è requisito per l’esecuzione della prestazione, infatti, l’attività lavorativa non potrà comunque essere resa in sua carenza e, qualora il lavoratore acceda al luogo di lavoro in violazione del divieto, svolgendo la prestazione per non perdere la retribuzione, sarà esposto a ricadute, innanzitutto disciplinari (v. *infra*), sul proprio rapporto.

In relazione a tale genere di requisiti la giurisprudenza non arriva “impreparata”: l’esperienza delle autorizzazioni amministrative necessarie allo svolgimento della prestazione non è una novità nelle aule di giustizia (si pensi alla patente per gli autisti, al porto d’armi per le guardie particolari giurate, ecc.). Nel caso delle guardie giurate, ad esempio, l’autorizzazione al porto d’armi e l’approvazione del Questore vengono qualificate come «condizioni necessarie per lo svolgimento dell’attività» e «presupposto indispensabile contrattualmente previsto per la ricevibilità delle prestazioni d’opera» sicché, nell’ipotesi di sospensione prolungata nel tempo ad opera dell’autorità di P.S., la prestazione di lavoro viene considerata impossibile per causa sopravvenuta di ordine pubblico, legittimando anche l’esercizio del recesso da parte del datore¹⁵.

Questi orientamenti danno rilievo a situazioni di sopravvenuta impossibilità della prestazione per un evento estraneo al rapporto, ma che ne condiziona lo svolgimento, e applicano siffatto principio a casi analoghi, perché riconducibili

¹⁴ C. PISANI, *Vaccino anti-Covid: oneri e obblighi del lavoratore alla luce del decreto per gli operatori sanitari*, in “Massimario di giurisprudenza del lavoro”, 2021, p. 149 ss.

¹⁵ Cass. 3 luglio 1984, n. 3906, in “Giustizia civile”, 1984, I, p. 3308. Sul rilievo privatistico di tali situazioni, Cass. 2 gennaio 1986, n. 5, in “Rivista italiana di diritto del lavoro”, 1986, II, p. 578; Cass., 3 luglio 1987, n. 5848, in “Massimario di giurisprudenza del lavoro”, 1987, p. 650. Il ritiro del porto d’armi da parte del prefetto e il mancato rinnovo del decreto di nomina da parte del Questore configurano un’ipotesi di impossibilità sopravvenuta della prestazione lavorativa, che giustifica la risoluzione secondo le norme generali (art. 1464 c.c.) e un giustificato motivo di licenziamento a norma dell’art. 3, l. 15 luglio 1966, n. 604 anche per Cass., 8 giugno 1989, n. 2727, in “De Jure”.

anch'essi a una vicenda in cui il titolo abilitativo costituisce presupposto necessario di una prestazione di lavoro (es. il ritiro del tesserino di accesso alle strutture aeroportuali).

In tali ipotesi, la mancanza di un interesse apprezzabile a ricevere le future prestazioni, da verificarsi con riguardo alle ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento della stessa, legittima il datore di lavoro a recedere dal rapporto¹⁶: effetto escluso espressamente nella fattispecie in esame per una precisa, testuale scelta del legislatore.

Se dunque il possesso del *green pass* è un requisito per svolgere *qualsiasi* lavoro (*rectius* per accedere al luogo di esecuzione della prestazione), la legittimità di un'oggettiva compressione del diritto a realizzare la propria attività lavorativa si spiega in termini di bilanciamento tra l'art. 4 Cost. e l'art. 32 Cost.¹⁷, quest'ultimo implicitamente richiamato dal legislatore che, tanto nella premessa del d.l. 127/2021 quanto nelle singole norme di esso, fa reiterato riferimento alle esigenze di salute pubblica («al fine di prevenire la diffusione dell'infezione da SARS-CoV-2») nonché, nello specifico, a quelle di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro.

3. *L'ambito soggettivo di applicazione*

Circa l'ambito soggettivo di applicazione della normativa in commento, sostanzialmente identica per il lavoro privato e per quello pubblico, destinatari sono tutti i lavoratori dipendenti del settore privato e il personale delle amministrazioni pubbliche.

Ma la normativa «si applica altresì a tutti i soggetti che svolgono, a qualsiasi titolo, la propria attività lavorativa o di formazione o di volontariato [...] anche sulla base di contratti esterni» con le imprese o le amministrazioni. A titolo esemplificativo, sono dunque soggetti all'obbligo di *green pass* anche i dipendenti delle imprese che hanno in appalto i servizi di pulizia o quelli di ristorazione, il personale dipendente delle imprese di manutenzione che accedono ai locali aziendali, nonché consulenti e collaboratori, erogatori e frequentatori di corsi di formazione¹⁸.

In breve, il legislatore punta a conseguire il risultato di dotare le imprese e le amministrazioni di un "filtro" di accesso ai luoghi di lavoro, per applicare il quale

¹⁶ Cass. 28 ottobre 1997, n. 10616, in "De Jure"; Cass. 13 marzo 1999, n. 2267, in "Notiziario di giurisprudenza del lavoro", 1999, p. 343; Cass. 16 maggio 2000, n. 6363, in "De Jure"; Cass. 28 gennaio 2004, n. 1591, in "De Jure".

¹⁷ A. DE MATTEIS, *Art. 32 della Costituzione: diritti e doveri in tema di vaccinazione anti-Covid*, in "Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi", promosse e coordinate da V. A. POSO, 2 febbraio 2021; L. ZOPPOLI, *Pandemia, lavoro, Costituzione: nuovi equilibri, nuovo bilanciamento?*, in L. ZOPPOLI (a cura di) *Tutela della salute pubblica e rapporti di lavoro*, in "Diritti Lavori Mercati", Quaderno n. 11, p. 45 ss.;

¹⁸ Cfr. le linee guida del Dipartimento della Funzione pubblica adottate con d.P.C.M. 12 ottobre 2021.

si prescinde dalle caratteristiche del profilo genetico della relazione (e dunque, dall’esistenza di un contratto di lavoro subordinato o autonomo, piuttosto che da un vincolo puramente occasionale e giuridicamente evanescente, come nel caso di chi frequenti iniziative di formazione) con il luogo di lavoro.

Non si tratta, del resto, di una novità assoluta per il nostro ordinamento. Proprio in materia di tutela della salute e della sicurezza, è noto come non poche disposizioni del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 vengano estese a soggetti che non sono vincolati da un rapporto lavorativo o connesso all’esecuzione di una prestazione, come nel caso degli studenti degli istituti d’istruzione o delle università¹⁹. Ma anche in altri contesti di disciplina accade, talvolta, che i comportamenti imposti ai dipendenti vengano richiesti a soggetti legati da vincoli decisamente più flebili rispetto al titolare del diritto a richiedere una determinata condotta²⁰.

Il legislatore, quindi, obbliga al possesso e all’esibizione del *green pass* chiunque entri in contatto con l’impresa o l’amministrazione per un’attività diversa dalla mera ricezione del servizio erogato, per il quale occorre distinguere a seconda dei settori e dell’attività.

4. *Il momento del controllo*

Circa il momento del controllo del possesso della certificazione verde, la legge dispone che esso sia svolto, anche a campione, «prioritariamente» al momento dell’ingresso al lavoro. La norma prevede dunque l’ipotesi ordinaria di controllo nella fase di accesso ai luoghi di lavoro, privilegiando la funzione di filtro, strumentale alla limitazione dei contatti potenzialmente più “pericolosi”.

A questa funzione preventiva, coerente con l’art. 2087 c.c., si affianca una finalità invece prevalentemente sanzionatoria o, quanto meno, dissuasiva, correlata al controllo che può essere effettuato durante la prestazione, quando cioè il lavoratore sia già entrato nei locali dell’azienda.

Non pare di poter dubitare del fatto che, indipendentemente dall’individuazione «con atto formale» dei «soggetti incaricati dell’accertamento della violazione degli obblighi» (così gli artt. 1, comma 5, e 3, comma 5, del d.l. n.

¹⁹ Cfr. L. ZOPPOLI, P. PASCUCI, G. NATULLO (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, Ipsosa, Milano, 2010; ma, con riferimento alla normativa previgente, in relazione alle scuole e alle università, v. già i commenti di U. GARGIULO, T. SGAMBELLONE, R. ROMANELLI, in M. RUSCIANO, G. NATULLO (a cura di), *Ambiente e Sicurezza del lavoro*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del Lavoro. Commentario*, Utet, Torino, 2007, p. 129 ss.

²⁰ È il caso del codice di comportamento dei dipendenti pubblici, i cui obblighi di condotta sono estesi, per quanto compatibili, «a tutti i collaboratori o consulenti, con qualsiasi tipologia di contratto o incarico e a qualsiasi titolo, ai titolari di organi e di incarichi negli uffici di diretta collaborazione delle autorità politiche, nonché nei confronti dei collaboratori a qualsiasi titolo di imprese fornitrici di beni o servizi e che realizzano opere in favore dell’amministrazione». Si consenta, sul punto, di rinviare a U. GARGIULO, *La prestazione lavorativa tra prescrizioni etiche e obblighi contrattuali. Fonti e contraddizioni nella delimitazione dell’area di debito del dipendente pubblico*, in “Il lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni”, 2014, p. 17 ss.

127/2021), i nominativi degli addetti al controllo debbano essere comunicati ai lavoratori ai sensi dell'art. 3 della legge 20 maggio 1970, n. 300: il controllo del *green pass*, requisito della prestazione, è invero assimilabile al controllo sulla prestazione del lavoratore e pertanto deve essere svolto in maniera palese, da un soggetto a ciò espressamente abilitato.

Per i lavoratori somministrati o che prestano lavoro in attività esternalizzate ci si è preoccupati di ampliare facoltà e modalità di controllo: il legislatore “taglia largo” e impone la verifica tanto al committente/utilizzatore quanto al datore di lavoro del dipendente chiamato a svolgere la prestazione presso un soggetto diverso dalla sua controparte negoziale.

5. Circa l'obbligo di comunicazione

La previsione del controllo a campione riguarda obblighi e pesi in capo al datore di lavoro, ma non determina un esonero per il lavoratore, al quale è imposto l'accesso al luogo di esecuzione della prestazione *esclusivamente* se in possesso della certificazione verde.

Quanto alle modalità pare sufficiente che venga data una tempestiva comunicazione, non apparendo invece necessaria la presenza fisica del lavoratore al varco di accesso²¹: presenza, peraltro, potenzialmente pericolosa per la salute dell'obbligato e dei colleghi in termini (probabilistici) di potenziale contagio, soprattutto di chi non sia “coperto” da vaccino.

Occorre, allora, chiedersi se esista in generale un obbligo di comunicare il mancato possesso del *green pass*, qualora nel momento del controllo a campione il lavoratore privo di certificazione non venga interessato dalla verifica; cioè se il lavoratore che non possieda la certificazione e non comunichi la circostanza stia violando un obbligo posto a suo carico e, accedendo al luogo di lavoro sia per ciò solo perseguibile disciplinarmente, a prescindere dal controllo successivo.

Gli articoli 2, comma 6, e 3, comma 6, del d.l. n. 127/2021 dicono che i lavoratori i quali «comunicano di non essere in possesso della certificazione verde [...] sono considerati assenti ingiustificati». Sarebbero però norme ineffettive se lasciate alla libera scelta del singolo lavoratore, il quale potrebbe evitare le conseguenze dell'omissione di comunicazione (assenza ingiustificata e perdita della retribuzione), seppure esponendosi alle conseguenze connesse all'eventuale accertamento dell'accesso vietato.

Al riguardo manca una previsione espressa e appare forzato ricavarla indirettamente attraverso l'art. 1175 c.c.

²¹ Diversa la posizione di Confindustria (cfr. la Nota di aggiornamento di Confindustria, *L'estensione del Green pass al lavoro privato*, settembre 2021), secondo cui «la qualificazione come assenza ingiustificata (e non come sospensione, come indicato nelle bozze del provvedimento) impone al lavoratore di presentarsi tutti i giorni in azienda».

Va segnalato, tuttavia, che l’art. 3 del d.l. 8 ottobre 2021, n. 139 (conv. dalla l. 3 dicembre 2021, n. 205) ha inserito l’art. 9-*octies* al d.l. 22 aprile 2021, n. 52, prevedendo che «in caso di richiesta da parte del datore di lavoro, derivante da specifiche esigenze organizzative volte a garantire l’efficace programmazione del lavoro, i lavoratori sono tenuti a rendere le comunicazioni di cui al comma 6 dell’articolo 9-*quinquies* e al comma 6 dell’articolo 9-*septies* con un preavviso necessario a soddisfare le predette esigenze organizzative».

I datori di lavoro, quindi, per *specifiche* (che vanno pertanto esplicitate e motivate) esigenze organizzative volte a garantire l’efficace programmazione del lavoro, possono richiedere al lavoratore di rendere, con un preavviso congruo, la comunicazione inerente al possesso o meno della certificazione verde.

Probabilmente può venire in soccorso la facoltà, rimessa al datore di lavoro, di disporre, sul punto, ai sensi del capoverso dell’art. 2104 c.c.

La previsione di un obbligo “interno” di comunicazione della propria situazione di possesso (o meno) del *green pass*, infatti, si configurerebbe come esecuzione di una disposizione organizzativa, funzionale a consentire l’*organizzabilità* e il coordinamento delle prestazioni lavorative; in questo senso, potrebbe anche prevedersi un congruo preavviso di comunicazione della carenza di possesso della certificazione (es. 12 ore).

6. Le conseguenze in caso di violazione degli obblighi in tema di certificazione verde

Il punto centrale è però quello delle conseguenze della violazione degli obblighi di possesso ed esibizione della certificazione verde, in relazione ai quali occorre esaminare il momento in cui si verifica la condotta e, a seguire, il rapporto che lega l’autore della stessa con il titolare del diritto-dovere di accertamento del possesso della certificazione.

Partendo dall’obbligo direttamente connesso alla sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato, è necessario distinguere la verifica della certificazione nella fase d’ingresso al lavoro dall’accertamento di un accesso ormai avvenuto, senza *green pass*, effettuato presumibilmente per evitare di perdere la retribuzione, confidando semmai nella probabilità di non essere scoperto grazie al controllo a campione, o per ragioni di carattere, potremmo dire, “ideologico”.

Quanto al primo momento considerato – mancata esibizione o mancato possesso nella fase di ingresso al lavoro – l’art. 1, comma 6, e l’art. 3, comma 6, del d.l. n. 127/2021 (la prima norma riferita al lavoro pubblico, la seconda a quello privato) prevedono che il lavoratore privo della certificazione al momento dell’accesso al luogo di lavoro «è considerato assente ingiustificato fino alla presentazione della predetta certificazione».

L’obbligo in parola era stato inizialmente fissato con termine al 31 dicembre 2021 ed è stato prorogato (dal d.l. n. 172/2021) al 31 marzo 2022, ma non è difficile presumere un ulteriore differimento – a prescindere dalla prosecuzione dello stato

di emergenza – se i dati epidemiologici, da un lato, e gli effetti “virtuosi” della diffusione del *green pass*, dall’altro, dovessero consigliarne un’estensione.

Se il prestatore non possiede il certificato che la legge impone come requisito necessario per il contatto con l’ambiente di lavoro, non può rendere la prestazione e il datore di lavoro non è tenuto a pagarlo.

Seppure eliminando il riferimento alla sospensione, contenuto nella prima bozza del provvedimento, il d.l. n. 127/2021 ne ribadisce comunque gli effetti, dato che «per i giorni di assenza ingiustificata non sono dovuti la retribuzione né altro compenso o emolumento, comunque denominato»²².

La scelta operata dal legislatore al termine dell’estate comporta rilevanti ricadute pratiche: dal 15 ottobre 2021 non esiste più alcun tipo di mansione ovvero di prestazione che possa evitare la perdita temporanea della retribuzione, poiché il *green pass*, a differenza di quanto accade per l’obbligo vaccinale posto a carico di talune categorie di lavoratori²³, costituisce, come anticipato, requisito per l’accesso al luogo di lavoro e non per l’esecuzione di una specifica attività lavorativa.

Si è detto che la sospensione della prestazione, come per l’obbligo vaccinale, avrebbe potuto essere dichiarata illegittima se il lavoratore avesse potuto svolgere le medesime mansioni in modalità agile²⁴: condizione che potrebbe ora essere fatta valere dal lavoratore il quale, non essendo in possesso di certificazione verde, fosse disponibile ad eseguire la prestazione in *smart working*.

Per il lavoro pubblico, però, questa possibilità è esclusa formalmente dalle linee guida emanate con d.P.C.M. 12 ottobre 2021²⁵; nelle stesse si legge a chiare lettere che «non è consentito in alcun modo, in quanto elusivo del predetto obbligo, individuare i lavoratori da adibire al lavoro agile sulla base del mancato possesso di tale certificazione».

È evidente, pertanto, che per il datore di lavoro pubblico, in presenza di un testo che considera fraudolento («in quanto elusivo del predetto obbligo») il ricorso al lavoro agile, il tema neppure si pone. Un dirigente che autorizzasse lo *smart working* in violazione delle linee guida rischierebbe una propria responsabilità, forse anche sul (sovente evocato) piano contabile.

²² Secondo i primi commentatori, la ragione dell’eliminazione del riferimento alla sospensione può essere rinvenuta nella giurisprudenza, intervenuta prima del decreto legge contenente la previsione di obbligatorietà del vaccino per i sanitari, che ha dichiarato illegittima la sospensione senza retribuzione di tale personale per mancato *repêchage* con adibizione a compiti che, evitando il contatto con soggetti fragili, riducessero significativamente il rischio di contagio. Cfr. Trib. Milano, 16 settembre 2021, n. 2135, in www.quotidianogiuridico.it. V. anche, più di recente, Trib. Velletri, 14 dicembre 2021, in www.wikilabour.it.

²³ Obbligo esteso dal d.l. 26 novembre 2021, n. 172.

²⁴ Così M. BASILICO, *Il problematico obbligo di green pass per lavoratori pubblici e privati (magistrati compresi)*, in Giustiziainsieme.it, 25 settembre 2021; M. FREDIANI, *Green-pass sul posto di lavoro: aspetti gestionali e sanzionatori*, in “Il lavoro nella giurisprudenza”, 2021, p. 893.

²⁵ Qui però c’è il tema – estraneo a questo contributo – delle fonti di disciplina nel rapporto di lavoro pubblico, dove si registra da anni una ibridazione del sistema delineato nella c.d. privatizzazione, per effetto di uno strisciante, surrettizio tentativo di ripubblicizzazione della materia, che peraltro non passa sempre attraverso la legge.

Con riferimento al lavoro privato, non c'è un'indicazione in tal senso e il singolo datore di lavoro, forse, ha qualche margine di manovra: vale a dire che se il dipendente non abbia necessità di accedere a un luogo di lavoro potrebbe restare in *smart working*, seppure solo nei giorni in cui non debba recarsi in azienda o presso clienti, restando quindi necessariamente nel proprio domicilio²⁶.

In ogni caso, al di fuori del ricorso straordinario al lavoro agile, disposto durante i periodi di c.d. *lockdown* con atto unilaterale e stabile assegnazione al di fuori dei locali aziendali, la modalità agile è destinata ad alternarsi alla prestazione resa in azienda, sicché lo *smart working* può limitare la verifica del *green pass* (riducendo così il numero di giorni nei quali un lavoratore non vaccinato sia costretto a ricorrere al tampone), ma non può rappresentare uno stabile escamotage per disapplicare l'obbligo di possesso della certificazione.

Anche nel privato, tuttavia, va escluso il lavoro agile qualora la prestazione al di fuori dei locali aziendali debba essere resa in luogo diverso dal domicilio del lavoratore, come accade negli ambienti di c.d. *coworking*: in questa ipotesi, ovviamente, le esigenze di verifica della certificazione connesse alla tutela della salute dei lavoratori sono, in qualche modo, addirittura accresciute, in considerazione del potenziale incremento del numero dei contatti rispetto al nucleo abituale.

Come anticipato, il lavoratore assente ingiustificato per carenza di *green pass* perde la retribuzione, anche a fini previdenziali. Per le giornate di assenza non è dovuto alcun compenso, né di carattere fisso e continuativo, né di carattere accessorio o indennitario. Le giornate di assenza prive di giustificazione sono considerate servizio non utile a tutti gli effetti (previdenziale, di anzianità di servizio o per la maturazione di scatti economici, per l'avanzamento di carriera).

L'assenza è qualificata come *ingiustificata*; la condotta è pertanto, tecnicamente, d'inadempimento, tant'è che per evitare ulteriori effetti il legislatore è costretto ad escluderli espressamente con le parole «senza conseguenze disciplinari e con diritto alla conservazione del rapporto di lavoro», formula anodina, quest'ultima, che impedisce il ricorso al licenziamento.

La condotta del lavoratore non è pertanto irrilevante quanto a correttezza dell'adempimento, ma quell'inadempimento non può determinare l'applicazione di sanzioni disciplinari.

Il riferimento al diritto alla conservazione del rapporto di lavoro investe invece l'area della risoluzione ed è reso necessario non tanto con riguardo al licenziamento disciplinare, che sarebbe ricompreso nella prima parte della locuzione, quanto al recesso per giustificato motivo oggettivo (per impossibilità sopravvenuta della prestazione, come visto), che ugualmente non può essere adottato.

²⁶ Sul lavoro agile e, in particolare, sulle caratteristiche che ha assunto durante la pandemia, tra i tanti contributi in argomento si vedano quelli raccolti in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, La Tribuna, Piacenza, 2021; cfr. anche C. ALESSI, M.L. VALLAURI, *Il lavoro agile alla prova del Covid-19*, in O. BONARDI, U. CARABELLI, M. D'ONGHIA, L. ZOPPOLI (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, Roma, 2020, p. 131 ss.

Quanto al divieto di licenziamento, sebbene il legislatore non dica nulla sulla conseguenza della sua violazione, è da ritenere debba applicarsi una tutela ripristinatoria, quale ricaduta della nullità (virtuale) dell'atto di recesso per contrasto con una norma imperativa, la cui *ratio* è connessa ad esigenze (probabilmente di ordine pubblico o comunque) esterne al profilo del rapporto interprivato tra datore e lavoratore.

A ragionare diversamente, si giungerebbe a un risultato paradossale. Non va dimenticato, invero, che in presenza di una reazione datoriale che venisse considerata *semplicemente* sproporzionata, cioè in contrasto con l'art. 2106 c.c., in rapporti nei quali è garantita una tutela reale verrebbe comunque esclusa la sanzione ripristinatoria, in quanto ricorrerebbe la sussistenza della circostanza di fatto e non vi sarebbe totale carenza dell'illiceità disciplinare, ma solo divieto di applicazione delle connesse sanzioni; nei rapporti soggetti alla tutela esclusivamente obbligatoria (*ex art. 8, della l. 15 luglio 1966, n. 604*), poi, la reintegrazione sarebbe esclusa in radice.

Cosicché, una diversa configurazione giuridica del «diritto alla conservazione del rapporto di lavoro» porterebbe a una sostanziale negazione della *ratio* stessa della norma.

Il tema è, in ogni caso, più ampio: occorre domandarsi, invero, se la responsabilità disciplinare esaurisca l'ambito di reazione da parte del datore di lavoro rispetto all'inadempimento della controparte oppure se residui – potenzialmente – l'ipotesi di un obbligo risarcitorio a carico del lavoratore. La legge, infatti, non esclude qualunque effetto per il lavoratore, in presenza di una condotta inadempiente, ma soltanto l'adozione di sanzioni disciplinari. Il testo della norma non introduce, del resto, una causa di giustificazione o di esonero da responsabilità, tant'è che l'assenza è qualificata come *ingiustificata* e comporta la perdita del corrispettivo.

In ciò vi è una sostanziale differenza con l'assenza del lavoratore che aderisca a uno sciopero: quest'ultimo è esercizio di un diritto e in tal caso la retribuzione viene meno, per l'operare del sinallagma, come effetto della carenza di prestazione, ma non vi può essere alcun tipo di conseguenza se l'astensione collettiva resta entro i confini della legittimità²⁷.

La giurisprudenza, del resto, ha affermato in più di un'occasione che l'esercizio del potere disciplinare non assorbe l'azione risarcitoria per i danni provocati dal comportamento del lavoratore, sebbene poi sottopone il riconoscimento di siffatta responsabilità a un rigoroso accertamento dei profili di configurazione della condotta colposa²⁸.

²⁷ Sul tema della responsabilità connessa ad azioni di sciopero, v. A. ZOPPOLI, *La titolarità sindacale del diritto di sciopero*, Jovene, Napoli, 2006.

²⁸ Cfr. Cass., 9 ottobre 2013, n. 22965, in "De Jure", per la quale «l'inosservanza dei doveri di diligenza comporta non solo l'applicazione di eventuali sanzioni disciplinari, ma anche l'obbligo del risarcimento del danno cagionato all'azienda per responsabilità contrattuale. Tuttavia, poiché non è possibile addossare al lavoratore subordinato una responsabilità che costituisca assunzione

Non può essere quindi escluso *in nuce* il verificarsi di un comportamento che, incidendo negativamente sull’organizzazione o sulla possibilità per l’azienda di far fronte ai propri obblighi contrattuali, possa recare nocimento all’impresa, legittimando così una reazione aziendale che giunga ad una richiesta di risarcimento dei danni²⁹.

In questi casi, però, accanto al profilo “oggettivo”, cioè alle caratteristiche della prestazione attesa dal lavoratore³⁰, appare essenziale un rigoroso accertamento del profilo soggettivo (*idest* del grado di colpevolezza e delle connotazioni della condotta tenuta), nonché un’attenta verifica delle modalità attraverso le quali si è pervenuti alla mancata prestazione. Viene pertanto in rilievo, ad esempio, il tempo di preavviso con il quale è stata anticipata al datore l’informazione inerente al mancato possesso del *green pass* o alla scadenza della certificazione, non rinnovata.

L’organizzazione della produzione e del lavoro e, ovviamente, il risultato produttivo restano a carico del datore, sicché non può essere consentito, se non eccezionalmente, trasferire sul lavoratore gli effetti della mancata prestazione. Ciò può avvenire, con (rigorosa) prova incombente sul creditore della prestazione secondo il normale regime di ripartizione dell’onere probatorio, soltanto qualora le concrete modalità attraverso cui ci si è sottratti all’obbligazione lavorativa, siano tali da incidere negativamente sull’organizzazione, superando un criterio di “normale” tollerabilità dell’assenza improvvisa.

Discorso per certi versi ancora più delicato riguarda le prestazioni lavorative rese da parte di soggetti contrattualmente legati a un terzo, che pure sono obbligati all’esibizione del *green pass* al committente dell’attività (si pensi, per tutti, ai lavoratori delle imprese di pulizia, delle mense, della manutenzione ecc.).

È peraltro noto che questi lavoratori, seppure sottoposti alla normativa lavoristica, rendono sovente la prestazione nell’ambito di contesti imprenditoriali (es. attraverso cooperative di produzione e lavoro) ovvero di relazioni contrattuali (es. nel caso di somministrazione di lavoro o, appunto, di appalto) caratterizzati da indubbia fragilità.

del rischio proprio dell’attività svolta dallo imprenditore, l’indagine relativa deve essere diretta ad accertare se l’evento dannoso subito dall’azienda sia correlato ad una condotta colposa del prestatore d’opera, se cioè si sia in presenza di un *casus culpa determinatus* ricollegabile, sulla base di un rapporto di causalità, ad una condotta colposa del dipendente sotto i profili della negligenza, dell’imprudenza o della violazione di specifici obblighi contrattuali o istruzioni legittimamente impartitegli dal datore di lavoro. Come criterio direttivo di tale indagine non può assumersi il parametro generale e costante della diligenza dell’uomo medio, ma occorre, invece, valutare la diligenza del dipendente in riferimento sia alla sua qualifica professionale sia alla natura delle incombenze affidategli, ed alle particolari difficoltà presentate dall’espletamento di queste (in tal senso, Cass. 1037 del 1977)».

²⁹ In termini di certezza si esprime la Nota di aggiornamento di Confindustria, *L’estensione del Green pass al lavoro privato*, cit., pp. 19-20: forse la situazione avrebbe richiesto una posizione meno netta, per far sì che l’indicazione dell’associazione rappresentativa delle imprese potesse essere recepita in termini di maggiore prudenza.

³⁰ Come sostiene Confindustria, *L’estensione del Green pass al lavoro privato*, cit.

Potrebbe, invero, accadere che il disservizio generato dal mancato possesso della certificazione verde o, in ipotesi, la difficoltà organizzativa connessa al non poter sapere in anticipo se il lavoratore “inviato” dal terzo sarà in grado di rendere la prestazione (perché, semmai, non si può prevedere che abbia acquisito il *green pass* in seguito a tampone), induca il committente a scaricare tale incertezza sull'appaltatore, minacciando o, addirittura – nelle situazioni caratterizzate da contratti commerciali “squilibrati”, come accade nell'ipotesi, tutt'altro che infrequente³¹, di accordi che contengano clausole di recesso anticipato, accompagnato da mero preavviso – esercitando la facoltà di risolvere anticipatamente il negozio.

In tal caso, il venir meno della commessa d'appalto o la risoluzione della somministrazione, finirebbe per determinare, “indirettamente” ma inevitabilmente, l'effetto che il legislatore ha voluto evitare quando ha previsto che il diritto alla conservazione del posto di lavoro non venisse compromesso dal mancato rispetto delle disposizioni sul *green pass*. Tema ancora diverso – che esorbita dai limiti di spazio e contenuto di questo scritto – attiene, infine, alla “tenuta” del contratto di appalto o di somministrazione nell'ipotesi in cui il mancato possesso del *green pass* determini inadempimento dell'appaltatore o, addirittura, un danno per il committente.

7. (segue) *La peculiare disciplina del lavoro nelle imprese minori*

La legge detta poi una disciplina speciale (art. 3, comma 7, del d.l. n. 127/2021) per le imprese con meno di quindici dipendenti. Dopo il quinto giorno di assenza ingiustificata c'è la possibilità per il datore di sospendere il lavoratore e sostituirlo per un periodo massimo di dieci giorni, rinnovabile una sola volta; disposizione che pone alcuni problemi applicativi, dei quali l'interprete deve farsi carico.

Anzitutto, occorre chiedersi se il riferimento al «quinto giorno di assenza ingiustificata» presupponga che esso sia consecutivo, e dunque riferito a un'unica assenza, ovvero se rappresenti il limite di tolleranza, anche non continuativo, relativo al totale delle giornate di lavoro perse dal lavoratore per carenza di certificazione, oltre il quale potrebbe procedersi a sostituzione.

Per quanto risulti complesso e talora arbitrario leggere le previsioni di un decreto legge emanato in una situazione emergenziale attraverso una prospettiva di lineare razionalità regolativa, la soluzione al quesito va forse rinvenuta nella seconda parte della disposizione, che consente la sostituzione del lavoratore entro un limite temporale massimo e con possibilità di un solo rinnovo.

³¹ Sulla tendenza a una negoziazione di massa, caratterizzata dalla standardizzazione dei modelli e delle prassi contrattuali, v. N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in “Rivista trimestrale di diritto e procedura civile”, 1998, I, p. 347.

Se la scelta fosse stata quella di andare incontro, *tout court*, alle esigenze dell’impresa, la sostituzione sarebbe stata autorizzata in maniera più “stabile” e reiterabile. Pare invece più corretto leggere la stessa in termini di straordinarietà, cioè connessa a un’assenza prolungata rispetto alla quale viene consentita all’impresa l’adozione di una misura organizzativa *una tantum*, per ridurre l’impatto dell’assenza in realtà produttive di ridotte dimensioni.

Del resto, la norma deve pur sempre tenere in equilibrio l’esigenza dell’impresa alla propria efficienza organizzativa, potenzialmente compromessa dall’assenza non prevista del lavoratore privo di certificazione, con il diritto di quest’ultimo a riprendere la prestazione, con la retribuzione correlata, non appena entri in possesso del *green pass*, laddove questo diritto viene evidentemente sacrificato dal ricorso alla sostituzione, che rende inutilizzabile la prestazione anche qualora nel frattempo ci si sia dotati della certificazione.

Con riguardo alla circostanza che, una volta effettuata la sostituzione, il lavoratore sospeso non potrebbe più rientrare al lavoro prima dei dieci giorni, si è temuto il verificarsi di una disparità di trattamento rispetto ai lavoratori delle imprese più grandi³². Va tuttavia ricordato che la giurisprudenza, anche costituzionale, ha più volte considerato ragionevoli siffatte differenze di disciplina del lavoro nelle piccole aziende³³, in considerazione del peculiare contesto nel quale vengono rese le prestazioni lavorative.

Quanto al requisito dimensionale, pare di poter intuire che il riferimento ai quindici dipendenti sia stato operato, forse un po’ di fretta, riproducendo “ellitticamente” il (primo) confine abituale dell’area della tutela obbligatoria e tuttavia, considerato l’effetto di compressione di diritti individuali che la disposizione comporta, non può darsene una lettura diversa da quella strettamente letterale; sicché i datori che occupino meno di quindici lavoratori presso l’unità produttiva non potranno beneficiare di tale previsione qualora tale numero non coincida con quello complessivo dei propri addetti (es. la norma non potrà trovare applicazione all’impresa con venti dipendenti divisi in tre unità produttive sul territorio nazionale, ciascuna con un novero di addetti inferiore alle quindici unità).

8. La violazione del divieto di accesso ai luoghi di lavoro

L’accesso del personale ai luoghi di lavoro in violazione degli obblighi di possesso del *green pass* è punito con una sanzione amministrativa pecuniaria irrogata

³² A. TOPO, Intervista a *Il Mattino di Padova*, 15 ottobre 2021.

³³ Corte cost., 6 marzo 1974, n. 55; Corte cost., 19 giugno 1975, n. 152; Corte cost., 8 luglio 1975, n. 189; Corte cost., 23 novembre 1994, n. 398; Corte cost., 23 febbraio 1996, n. 44.

dal Prefetto; il legislatore precisa che «restano ferme le conseguenze disciplinari secondo i rispettivi ordinamenti»³⁴.

Per questo secondo tipo di violazione degli obblighi previsti dalla legge la previsione che «restano ferme le conseguenze disciplinari secondo i rispettivi ordinamenti», a rigore, non sarebbe necessaria, in quanto l'accesso al luogo di lavoro in violazione degli obblighi in esame non rientra nella fattispecie di esenzione della responsabilità attinente al mancato possesso o alla mancata esibizione all'ingresso, che determina assenza ingiustificata.

La sua puntualizzazione ha una funzione di rafforzamento della previsione e, quindi, di deterrenza nei confronti del personale.

La genericità della formula, peraltro, non consente di escludere, sempre e comunque, il licenziamento disciplinare. Verificatosi l'accesso vietato, in assenza di controllo, è applicabile la sanzione, che dev'essere proporzionata e sarà presumibilmente conservativa, ma l'adozione di un provvedimento di recesso potrebbe essere collegata alla durata della violazione o all'operare della recidiva, alla reiterazione del comportamento, o in connessione con peculiari caratteristiche della prestazione, per effetto delle quali il rischio potenziale per la salute e la sicurezza dei lavoratori sia divenuta pericolo effettivo: si pensi al caso di soggetto che acceda privo di *green pass* e risulti poi essere positivo al Covid-19, contagiando altri lavoratori.

In tal caso, infatti, il recesso non sarebbe in conflitto con il divieto di licenziamento, che impedisce la reazione espulsiva alla singola violazione degli obblighi connessi al possesso del *green pass*, e discenderebbe dalla reiterazione di condotte singolarmente punibili (e punite) con sanzioni conservative, dunque in una logica "interna" al sistema disciplinare.

Il lavoratore potrebbe essere sanzionato anche qualora l'accertamento del mancato possesso avvenisse dopo tempo, ad esempio in seguito a conversazioni tra colleghi, alla pubblicazione della circostanza attraverso i social network ecc. sui quali il lavoratore si vanti di avere eluso i controlli in ingresso, accedendo al lavoro senza certificazione. In tal caso, fermo restando il rispetto del principio di (relativa)

³⁴ Il collegamento con «i rispettivi ordinamenti» comporta la rimessione ai codici disciplinari (contrattuali ma anche unilaterali) dell'individuazione della fattispecie disciplinare violata e della sanzione che risulti connessa alla violazione, con la sola esclusione delle sanzioni espulsive. Così, tanto per fare qualche esempio, nel CCNL Metalmeccanici è probabile che la trasgressione in esame venga fatta rientrare nella casistica dell'art. 9, che contempla la possibilità di adottare «ammonizioni scritte, multe e sospensioni», evidentemente individuando la sanzione più adeguata in base al comportamento concretamente tenuto, al lavoratore che «[...] l) in altro modo trasgredisca l'osservanza del presente Contratto o commetta qualsiasi mancanza che porti pregiudizio alla disciplina, alla morale, all'igiene ed alla sicurezza dello stabilimento»; a meno di non volerla considerare, ai sensi del successivo art. 10, parificabile alla insubordinazione ai superiori, che configura un'ipotesi di licenziamento con preavviso. Peraltro, come noto, per giurisprudenza consolidata, nel caso di recesso la tipizzazione del contratto collettivo non è vincolante per il giudice. Più agevole, forse, l'individuazione dell'infrazione nell'ambito dei rapporti di lavoro pubblico. È il caso dell'art. 60, comma 3, lett. m), del CCNL del Comparto Funzioni Centrali che prevede tra i doveri del dipendente, espressamente, l'obbligo di «osservare scrupolosamente le disposizioni che regolano l'accesso ai locali dell'amministrazione da parte del personale».

immediatezza, sarebbe applicabile una sanzione disciplinare collegata alla violazione di un obbligo di collaborazione con il datore per la tutela e la sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro (finalità espressa del *green pass*).

8. Il green pass all'esterno della subordinazione

Va da sé che il dualismo che caratterizza il mercato del lavoro italiano, di cui la pandemia ha drammaticamente esaltato caratteristiche e contraddizioni, si riproponga anche in relazione alla tematica in esame.

Se infatti, come si è visto, vi è una sostanziale equiparazione dei lavoratori autonomi a quelli dipendenti, quanto agli obblighi di condotta connessi al possesso e all'esibizione del *green pass*, è emblematico, forse inevitabile (ma rischioso), il silenzio che si registra sul piano degli effetti della violazione dei medesimi.

Mentre il lavoratore subordinato, infatti, è garantito in relazione alla conservazione del posto di lavoro e, nei limiti esaminati, anche rispetto alla reazione della controparte in risposta al proprio comportamento (inadempiente), stante l'irrilevanza disciplinare dell'assenza, seppure ingiustificata, del tutto anomico si presenta invece il quadro giuridico riguardo alla posizione dei lavoratori che non dipendono dal soggetto tenuto a verificare il possesso della certificazione.

Nel lavoro autonomo in senso stretto nulla esclude che la violazione delle disposizioni sul possesso del *green pass* possa determinare ricadute negative, sul piano contrattuale: non solo, com'è ovvio, in relazione al versamento del corrispettivo, evidentemente non dovuto in carenza di controprestazione, ma anche con riferimento all'esercizio del recesso ad opera della controparte, la quale potrebbe risolvere il rapporto stante l'incertezza circa il futuro, puntuale e tempestivo adempimento dell'obbligazione da parte del collaboratore indipendente, ovvero quando l'adozione di misure organizzative per far fronte all'incertezza connessa al possesso della certificazione spinga il committente a risolvere il contratto ai sensi dell'art. 1467 c.c.

È quasi scontato, peraltro, rilevare che nei rapporti di lavoro autonomo, anche quando caratterizzati da una collaborazione coordinata e continuativa ai sensi dell'art. 409, n. 3, c.p.c.³⁵, il recesso è regolato dalla disciplina del diritto dei contratti³⁶, la quale, a differenza della normativa che ne limita l'esercizio nei

³⁵ M. PEDRAZZOLI, Voce *Opera (prestazioni coordinate e continuative)*, in “Novissimo digesto italiano”, Appendice, V, Utet, Torino, 1984, p. 479.

³⁶ In dottrina si è infatti spesso evidenziata la caratteristica degli artt. 2222 ss. c.c., che opererebbero come «disciplina transtipica» (A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu e Messineo*, XXVII, t. 1, Giuffrè, Milano, 1996, p. 86) e in ogni caso (quale figura residuale) allorché non si rinvergono in concreto gli elementi identificativi di altra fattispecie contrattuale. Sul recesso cfr. G. DE NOVA, Voce *Recesso*, in “Digesto delle discipline privatistiche”, XVI, 1997, p. 314. Secondo alcuni il concetto di estinzione non ricomprende l'istituto del recesso, il quale, più che determinare lo scioglimento del vincolo contrattuale, impedirebbe il protrarsi degli effetti, operando *ex nunc*, senza incidere sul diritto del prestatore al conseguimento per intero della

rapporti di lavoro subordinato, è meno sensibile a principi di gradualità e proporzionalità delle reazioni consentite al creditore della prestazione.

A meno di non ritenere possibile – ma oggettivamente forzata – un’applicazione analogica al lavoro autonomo della previsione che impedisce la risoluzione del contratto nell’area della subordinazione, il committente potrebbe dunque risolvere il rapporto anche solo per un’impossibilità temporanea della prestazione, che però ponga elementi d’insicurezza circa la realizzazione dell’*opus* oggetto dell’accordo³⁷ e fermo restando che la violazione degli obblighi inerenti al possesso del *green pass* – se consideriamo quest’ultimo quale presupposto necessario per l’esecuzione della prestazione – potrebbe condurre all’esercizio del recesso per inadempimento, sulla base di una valutazione di *interesse* che (*ex art. 1455 c.c.*), salvo il limite della buona fede³⁸, è sostanzialmente rimessa al creditore³⁹.

Abstract

Il saggio esamina la disciplina del green pass, necessario per l’accesso ai luoghi di lavoro e, quindi, gli obblighi a carico dei lavoratori, analizzando le conseguenze previste o ipotizzabili nel caso di violazione delle disposizioni di legge, anche all’esterno dell’area della subordinazione.

The article examines the regulation of the green pass, necessary for access to the workplace and, therefore, the duties of the workers, by analyzing the expected or conceivable consequences in the event of a violation of the law, even outside the area of subordination.

Parole chiave

Covid-19, green pass, obblighi del lavoratore, sanzioni

Keywords

Covid-19, green pass, worker’s duties, sanctions

controprestazione alla quale ha diritto: sull’incompatibilità tra recesso ed estinzione del vincolo, v. G. GABRIELLI, F. PADOVINI, Voce *Recesso* (dir. priv.), in “Enciclopedia del diritto”, XXXIX, Giuffrè, Milano, 1988, p. 37; S. SANGIORGI, Voce *Recesso*, in “Enciclopedia giuridica Treccani”, 1991, p. 6.

³⁷ V. già L. RIVA SANSEVERINO, *Lavoro autonomo*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, 1972, p. 186, che sottolinea anche come il recesso nel lavoro autonomo, a differenza di quello che ha luogo nell’ambito dei rapporti di lavoro subordinato, si configura come *ad nutum*, non necessitando di giustificazione. Questo recesso, che viene a configurarsi come *ius poenitendi*, è disciplinato in maniera analoga a quanto previsto dal codice civile all’art. 1671, in tema di appalto: in argomento v. D. RUBINO, *Appalto*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, 1973.

³⁸ Vi insistono tra gli altri F. GALGANO, *Degli effetti del contratto. Sub Art. 1373*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, 1993, p. 98; C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il Contratto*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 739 ss.

³⁹ In dottrina vi è pure chi ritiene che «proprio perché il recesso è uno strumento ulteriore che non elimina gli ordinari mezzi di impugnazione del contratto, si deve ritenere che sia nell’autonomia delle parti impiegare questo strumento anche in ipotesi che non comporterebbero la risoluzione per mancanza della gravità dell’inadempimento»: così M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, I, Giuffrè, Milano, 1998, p. 345. Per l’esame del recesso nei diversi tipi legali, v. i contributi raccolti in G. DE NOVA (a cura di), *Recesso e risoluzione nei contratti*, Giuffrè, Milano, 1994.