

l'officina dei numeri

circolare informativa n. 6/2021 del 23 settembre 2021

Studio Associato Picchio e Gorretta, via Fausto Coppi 3 – 15121 – Alessandria
tel. e fax 0131 443273 – 0131 267858 e-mail: info@picgor.it - sito web: www.picgor.it

DAL 15 OTTOBRE IN VIGORE L'OBBLIGO DEL CERTIFICATO VERDE (CD. "GREEN PASS") IN TUTTI GLI AMBIENTI DI LAVORO PUBBLICI E PRIVATI

PREMESSA

Sulla Gazzetta Ufficiale n. 226 del 21.9.2021 è stato pubblicato il decreto legge 21.9.2021 n. 127 recante *"Misure urgenti per assicurare lo svolgimento in sicurezza del lavoro mediante l'estensione dell'ambito applicativo della certificazione verde COVID 19 e il rafforzamento del sistema di screening"*.

Lodevole il tentativo del legislatore di evitare l'uso della terminologia inglese (green pass) in luogo di una più italica definizione di "certificazione verde"; tuttavia, l'anglofilia esecrabilmente dominante ha avuto un colpo di coda nell'uso del termine "screening" in luogo di altri termini del nostro idioma, quali controllo, verifica, esame (non monitoraggio, traduzione, anzi italianizzazione di un termine inglese e non derivazione dal latino, dove assume altro significato).

Ciò premesso, ed in assenza della introduzione di un vero e proprio obbligo vaccinale (evidentemente non praticabile da un punto di vista di consenso politico), il governo, utilizzando uno strumento normativo avente forza di legge (sia pure con efficacia provvisoria in attesa della sua conversione in legge) e non un atto regolamentare, quale l'ormai noto DPCM, introduce sia per i datori di lavoro pubblici che per quelli privati, al fine di prevenire la diffusione dell'infezione da SARS-CoV-2, **l'obbligo di "possedere ed esibire, su richiesta" la certificazione verde COVID 19**, ossia a norma dell'art. 9, comma 1, lett. a) del DL 52/2021, convertito in legge 87/2021, la certificazione comprovante *"lo stato di avvenuta vaccinazione contro il SARS-CoV-2 o guarigione dall'infezione da SARS-CoV-2, ovvero l'effettuazione di un test antigenico rapido o molecolare, quest'ultimo anche su campione salivare e nel rispetto dei criteri stabiliti con circolare del Ministero della salute, con esito negativo al virus SARS-CoV-2"*.

Detto obbligo **decorre dal 15 ottobre 2021 e fino al 31 dicembre 2021**, *"termine di cessazione dello stato di emergenza"*, come si auspica e ci si augura tutti.

SETTORE PRIVATO

Il decreto introduce discipline distinte per ambito di applicazione tra settore pubblico (art.1) e privato (art. 3), anche se la sostanza delle disposizioni è del tutto analoga. La definizione di settore privato, non rinvenibile esplicitamente nella norma, si può ricavare *a contrario*, ossia facendo riferimento a tutto ciò che **non** costitui-

sce, a norma dell'art. 1 del decreto, il settore pubblico, ossia le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2 e art. 3, del D.Lgs. 165/2001, le autorità amministrative indipendenti, la Banca d'Italia, gli enti pubblici non economici e gli organi di rilevanza costituzionale.

Definizione dell'obbligo

L'art. 3 del DL 127/2021 introduce l'art. 9 septies al DL 52/2021 che impone *"a chiunque svolge una attività lavorativa nel settore privato ai fini dell'accesso ai luoghi in cui la predetta attività è svolta, di possedere ed esibire su richiesta, la certificazione verde COVID-19"*. Vengono fatte salve le norme già vigenti in materia di certificazione verde per determinate attività e ambienti (ad es. la scuola).

L'obbligo è esteso anche *"a tutti i soggetti che svolgono, a qualsiasi titolo, la propria attività lavorativa o di formazione o di volontariato nei luoghi"* in cui detta attività è svolta, anche sulla base di *"contratti esterni"* (...) L'obbligo **non si estende** ai soggetti **esenti dalla campagna vaccinale** sulla base di una **idonea certificazione medica** rilasciata secondo i criteri dettati dal Ministero della Salute.

La norma, come si vede, riguarda **tutti coloro che svolgono una attività lavorativa, a qualsiasi titolo**, compresa la formazione (ad es. i tirocini e gli stages) o il volontariato, nei luoghi in cui detta attività lavorativa è svolta. Riguarda, quindi, non solo i lavoratori dipendenti ma anche quelli parasubordinati (ad es. co.co.co.) e i lavoratori autonomi. Si estende anche ai titolari e ai soci lavoratori di ditte individuali e società, professionisti in forma singola o associata, enti e associazioni non profit, onlus, associazioni, partiti, enti religiosi e simili in cui si svolge una attività lavorativa.

Accesso ai luoghi di lavoro. Lavoro agile

L'obbligo non è legato allo svolgimento dell'attività lavorativa in sé ma all'**accesso ai luoghi** in cui detta attività è svolta; la norma nulla dice riguardo al **lavoro agile e al telelavoro o al lavoro a domicilio**. Si deve ritenere, nel silenzio della norma, che laddove un lavoratore svolga la propria attività al proprio domicilio l'obbligo di possedere ed esibire la certificazione verde non sussista; pare illogico, infatti, ritenere che il proprio domicilio costituisca un luogo di lavoro al quale "si accede", tanto più che a casa propria si abita, non si accede soltanto e sarebbe difficile sostenere che la certificazione non sia necessaria quando non si svolge l'attività lavorativa e lo diventi solo quando si lavora, se si occupano gli stessi locali e non si accede fisicamente ad altro luogo.

Del resto, se la volontà del legislatore fosse stata quella di non consentire l'esecuzione di qualsiasi attività lavorativa ai soggetti sprovvisti della certificazione, sa-

rebbe stato sufficiente porre un divieto assoluto in tal senso. Cosa che nella lettera della norma non si rinviene in questi termini.

Sul punto sarà necessario comunque un chiarimento ufficiale, a conferma dell'interpretazione letterale della norma. Di converso, se il lavoratore agile si spostasse all'esterno della propria abitazione per svolgere l'attività lavorativa, si potrebbe argomentare in ordine all'operatività dell'obbligo, anche se negli ambienti esterni al proprio domicilio non fosse in via generale richiesta la certificazione (si pensi al lavoratore agile che si reca al parco o ai tavolini all'aperto di un bar per svolgere la propria attività lavorativa).

Si ritiene, in attesa di chiarimenti ufficiali, che sia possibile il ricorso al lavoro agile solo presso il domicilio del lavoratore e non anche presso ambienti esterni; in sostanza, il lavoro agile diverrebbe, per i soggetti privi di certificazione, un telelavoro a domicilio.

In ogni caso, anche nell'ipotesi che tale interpretazione fosse condivisa dalle circolari e dalle indicazioni di prassi che si auspica vengano emanate, la prestazione lavorativa in regime di lavoro agile sarebbe una mera opportunità per il datore di lavoro e **non sarebbe** comunque **esigibile** dal lavoratore, che non potrebbe invocare un proprio diritto al lavoro agile, essendo una scelta organizzativa che rientra nei poteri del datore di lavoro che può fare valutazioni di fattibilità, economicità, produttività ed anche opportunità del ricorso al lavoro agile, senza esservi tenuto ad ogni costo e in qualsiasi caso fosse tecnicamente possibile.

Verifiche e misure organizzative

La verifica sul rispetto dell'obbligo incombe sui datori di lavoro e, in caso di "contratti esterni" (ad es. un appalto o una fornitura di servizi) incombe sia sul soggetto ospitante o committente che sul datore di lavoro del lavoratore (o sul soggetto che, in forza di un "contratto esterno", invia un lavoratore presso un terzo).

I datori di lavoro dovranno definire, entro il 15 ottobre 2021, le "modalità operative per l'organizzazione delle verifiche ... anche a campione, prevedendo prioritariamente, ove possibile, che tali controlli siano effettuati al momento dell'accesso ai luoghi di lavoro e individuando con atto formale i soggetti incaricati dell'accertamento delle violazioni". Questa norma riguarda solo i soggetti che rivestono formalmente la veste di datori di lavoro subordinato e, non essendo diversamente previsto, sia i datori di lavoro imprenditori che non imprenditori ed anche i datori di lavoro domestico

Ad una prima lettura della norma, sono tenuti ad effettuare le verifiche, definendone le modalità e incaricando i soggetti che dovranno accertare le violazioni, i **solli datori di lavoro** e non, quindi, anche i soggetti che non rivestono tale ruolo (ad es. il titolare di una ditta individuale senza dipendenti o il professionista che non occupa lavoratori né praticanti o collaboratori autonomi). Esiste, almeno in apparenza, uno "scollamento" tra i soggetti tenuti a possedere ed esibire il certificato verde ("*chiunque svolga una attività lavorativa*") e coloro che sono tenuti alla verifica e all'eventuale accertamento della violazione dell'obbligo ("*datori di lavoro*").

Assenza ingiustificata e conservazione del posto

I lavoratori che comunichino di essere **sprovvisori della certificazione verde** o che, in sede di verifica, ne siano privi al momento dell'accesso, non possono accedere al posto di lavoro o, se vi abbiano già fatto ingresso, non vi si possono trattenere e lo devono abbandonare; gli stessi **sono inoltre considerati assenti "ingiustificati"** (...) fino alla presentazione della certificazione e comunque non oltre il 31 dicembre 2021, **senza conseguenze disciplinari e con diritto alla conservazione del posto**. Nei giorni di assenza ingiustificata non è dovuta la retribuzione o altro compenso o emolumento, comunque denominato.

Si deve per prima cosa rimarcare una grave imprecisione tecnica: i lavoratori privi del certificato verde non possono accedere ai luoghi di lavoro ma non sono certamente "ingiustificati" in quanto possono avere esercitato una loro libertà "negativa", ossia la libertà di non sottoporsi a vaccinazione, senza che questo possa costituire una connotazione negativa della loro assenza (ossia la definizione di "ingiustificata"). A riprova di ciò è la previsione che a tale assenza non possano seguire provvedimenti disciplinari e che vi sia il diritto alla conservazione del posto di lavoro.

I lavoratori privi della certificazione verde sono sicuramente assenti, giustificati dalla loro stessa scelta, non retribuiti e privi di copertura contributiva per il periodo di assenza; non si sentiva proprio la necessità di creare una categoria di assenza "ingiustificata" priva di conseguenze disciplinari e quindi in contraddizione con le norme contrattuali in materia disciplinare, che sanzionano con il licenziamento per giusta causa (o, talvolta, per giustificato motivo soggettivo) assenze realmente prive di giustificazione protratte per un lasso di tempo apprezzabile.

Benché la norma non vi faccia espressamente riferimento, si deve ritenere che l'assenza non retribuita abbia conseguenze anche sulla retribuzione indiretta e differita, in proporzione alla durata dell'assenza; non essendo dovuta alcuna retribuzione, non sono dovuti neppure i contributi previdenziali e assicurativi e non vi sarà copertura contributiva per il periodo di assenza (da questo punto di vista, la qualificazione dell'assenza come ingiustificata ex lege escluderebbe il calcolo dell'imponibile previdenziale virtuale laddove previsto, come ad esempio nell'edilizia).

Sospensione del lavoratore

Una disposizione inutile (ad avviso dello scrivente) è quella che prevede, per le sole aziende con meno di 15 dipendenti e dopo il quinto giorno (lavorativo, si presume) di assenza ingiustificata, la possibilità per il datore di lavoro di sospendere il lavoratore per un periodo corrispondente alla durata di un contratto di lavoro (a termine, ovviamente) stipulato per la sostituzione del lavoratore assente e comunque per un periodo non superiore a dieci giorni.

L'inutilità della disposizione è evidente; posto che l'assenza ingiustificata dà diritto, come espressamente prevede la legge, in ogni caso alla "*conservazione del rapporto di lavoro*", è sempre possibile assumere a termine, in sostituzione di lavoratore assente che abbia comunque diritto alla predetta conservazione del posto di lavoro e per una durata corrispondente al periodo di

assenza. Senza alcun bisogno di un provvedimento formale di sospensione, oltretutto complicato dal fatto che il contratto a termine in sostituzione dovrebbe, in caso di sospensione, avere una durata massima di 10 giorni, eventualmente rinnovabili (si presume).

Non si comprende, quindi, se non in una dimensione propagandistica, la tanta decantata scomparsa, nel testo finale del decreto, della sospensione dei lavoratori assenti (per le imprese con almeno 15 dipendenti, peraltro; la possibilità di assumere a termine in sostituzione di lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto (e definiti come tali dalla stessa norma) non viene comunque meno per la "scomparsa" della sospensione

Sanzioni

L'accesso dei lavoratori ai luoghi di lavoro in mancanza di certificazione verde e in violazione degli obblighi imposti dal decreto potrà essere sanzionato disciplinarmente, previa attivazione della relativa procedura ex art. 7 della legge 300/1970; detto accesso, inoltre, sarà soggetto alla sanzione prevista dall'art. 4, commi 1, 3, 5 e 9 del DL 19/2020, ossia con il pagamento di una somma da 600 a 1.500 Euro.

Il datore di lavoro che non effettua le verifiche o che non attua le misure organizzative previste è punito con il pagamento di una somma da 400 a 1.000 Euro, raddoppiata in caso di recidiva.

La sanzione amministrativa è irrogata dal Prefetto, sulla base degli atti trasmessi dai soggetti incaricati dal datore di lavoro dell'accertamento e della contestazione delle violazioni.

SETTORE PUBBLICO

L'art. 3 del DL 127/2021 introduce l'art. 9 quinquies al DL 52/2021 che impone al personale occupato nell'ambito lavorativo pubblico di *"possedere ed esibire, su richiesta, la certificazione verde COVID-19"*.

Analogamente al settore privato, la disposizione si applica *"a tutti i soggetti che svolgono a qualsiasi titolo la propria attività lavorativa o di formazione o di volontariato"* presso le amministrazioni pubbliche, anche sulla base di contratti esterni e, sempre in analogia con il settore privato, l'obbligo non si estende ai soggetti esentati dalla campagna vaccinale.

Del tutto analoghe sono anche le disposizioni in materia di verifica del possesso della certificazione, di divieto di accesso ai luoghi di lavoro dei lavoratori sprovvisti della certificazione verde o che ne siano comunque privi al momento dell'accertamento.

Del tutto analoghe sono anche le conseguenze in tema di assenza ingiustificata, perdita della retribuzione, nonché in materia sanzionatoria.