

## Green pass in azienda: ovvero cronaca di un caos annunciato\*

di Luca Failla

*\*"Il presente articolo è stato scritto prima della emanazione del green pass obbligatorio sui luoghi di lavoro emanato dal Governo"*

Con l'introduzione estiva del cd. *green pass* ad opera del D.L. 105/2021 (oggi ancora in fase di conversione) richiesto per poter accedere ad aree e servizi particolari (fra cui ristoranti, cinema, musei, piscine, biblioteche, mostre e convegni ed altri e successivamente esteso ai trasporti su lunga percorrenza, scuole, università) si è immancabilmente verificata una ricaduta applicativa (facilmente intuibile del resto) anche sul terreno del lavoro con una serie di conseguenze pratiche e giuridiche di non semplice soluzione a carico delle aziende.

Forse sarebbe stato meglio prevedere in anticipo le conseguenze che dal *green pass* per gli italiani sarebbero derivate anche ad aziende e lavoratori così da mitigarne gli effetti ma così non è avvenuto.

Cerchiamo qui di trarre una sintesi dell'attuale e ancora variegato quadro complessivo.

### **Il *green pass* in Italia.**

Con l'art. 3 del D.L. 23 luglio 2021, n. 105 (ad oggi non ancora convertito in legge) il Governo - ritenendo sussistenti i requisiti straordinari di necessità ed urgenza previsti dall'art. 77 Cost.) - ha previsto che a partire dal 6 agosto l'accesso e la fruizione di certi servizi ed attività sia consentito solo ai soggetti muniti di cd.*green pass* ovvero le certificazioni verdi COVID 19 di cui alla legge 17 giugno 2021, n. 87, art. 9 comma 2 (in pratica a. il certificato amministrativo di avvenuta vaccinazione oggi anche con 1° dose; b. certificato di avvenuto contagio e guarigione da Covid 19 ovvero da ultimo c. l'esito medico-sanitario di tampone molecolare negativo effettuato nelle 48 ore precedenti).

In linea con le parole del Governo – il *green pass* doveva servire a consentire ai soggetti sani-vaccinati (o guariti) o certificati negativi al Covid 19 di non contagiarsi fra di loro e di godere in sicurezza di alcuni spazi comuni e "protetti" dai soggetti privi di identica certificazione e ciò sul presupposto che chi possiede un *green pass* sia sano diversamente da chi non lo possiede e sia potenzialmente più contagioso (anche se da più parti si è ammesso ormai che, grazie alla variante Delta, pure i soggetti vaccinati possano contagiare o ricontagiarsi anche se con minore impatto dannoso e l'unica

validazione medico-sanitaria sicura sarebbe solamente il tampone negativo effettuato nelle 48 ore precedenti).

Se questa era la finalità del *green pass*, ne discende la insanabile incongruenza della norma al limite della sua irragionevolezza costituzionale laddove il *green pass* viene richiesto al soggetto fruitore del servizio (il cliente del ristorante, il fruitore del museo o della piscina o della palestra) ma non al dipendente ivi presente che fornisce il servizio (cameriere, inserviente, addetto al museo, istruttore di palestra etc.), così "mescolandosi" soggetti ritenuti sani *ex lege* (vaccinati, guariti o con tampone negativo) con altri soggetti ritenuti in sé contagiosi (sempre secondo la stessa impostazione della legge) ma privi di adeguata certificazione sanitaria-amministrativa, venendo così dal tutto meno *in radice* la stessa finalità della norma di voler creare ambienti sicuri (che è evidente non possa esserci la sicurezza voluta da legislatore se alla stessa area possano accedere sia soggetti muniti di *green pass* che altri senza, sul presupposto legale che solo il possesso del *green pass* certifichi lo stato di salute del soggetto).

Si pensi ad esempio all'incongruenza dell'accesso ad un museo o ad una mostra laddove viene richiesto il *green pass* al turista per accedervi come pre-condizione del suo stato di salute e non contagio e non viene invece richiesto all'addetto al controllo della sala posto a contatto con il primo che ben potrebbe, di conseguenza, contagiarlo.

Così facendo, ne discende l'irragionevolezza della disposizione per l'evidente commistione fra soggetti vaccinati ritenuti sani dalla legge (il turista munito di *green pass*) ed il dipendente del museo privo di *green pass*, ritenuto dalla legge potenzialmente contagioso analogamente al turista non vaccinato cui, in forza della nuova disposizione, verrebbe in ogni caso impedito l'accesso a quel museo.

D'altronde il *green pass* sconta proprio alla base la contraddizione dovuta alla sua natura bicefala: da un lato esso è una certificazione "amministrativa" (di avvenuta vaccinazione o di avvenuta guarigione da contagio Covid 19 sul presupposto che il soggetto in questione abbia sviluppato abbastanza anticorpi per poter reagire efficacemente ad un nuovo contagio e così difendersi o essere meno infettivo per gli altri) e dall'altro invece è una vera e propria certificazione "sanitaria" di assenza di contagio da Covid 19 come attestata da un tampone negativo effettuato nelle 48 ore precedenti.

All'esito del dibattito anche acceso che ne è seguito alla sua introduzione, si è poi chiarito che la vera finalità del *green pass* non fosse tanto quella di creare ambienti sicuri come dichiarato inizialmente - risultato pressoché impossibile da ottenere tenuto conto che, come anche gli scienziati oggi ammettono, anche i soggetti vaccinati possono contagiarsi di nuovo e trasmettere potenzialmente il virus anche alla luce delle varianti (Delta, Mu) nel frattempo riscontrate - quanto piuttosto quella di "spingere" gentilmente (*soft pressure*) gli italiani "renitenti" al vaccino a vaccinarsi quale condizione per poter continuare a godere di diritti e libertà costituzionalmente garantite attraverso le quali si manifesta la propria personalità (svago, cultura, istruzione, tempo libero, circolazione etc.)

Non è ancora chiaro al momento se il *green pass* quale misura di coercizione "gentile" (alternativa all'obbligo vaccinale teoricamente consentito dall'art. 32 Cost. ad oggi non

introdotto per una molteplicità di tematiche alcune anche di rilevante portata giuridica come la sperimentabilità dei vaccini e la responsabilità dello Stato in caso di effetti collaterali oggi esclusa grazie alla liberatoria sottoscritta al momento della vaccinazione) produrrà gli effetti sperati ovvero se il *green pass* radicalizzerà ulteriormente la posizione di quegli italiani ancora indecisi o contrari alla vaccinazione (che va ricordato al momento in Italia non è obbligatoria, come nel resto dei paesi europei, ad eccezione degli operatori medico-sanitari ex DL. 44/2021 poi convertita con L. 28 maggio 2021, n. 76).

### **Dal *green pass* nei ristoranti al *green pass* nelle mense aziendali. Il passo è breve anche se accidentato.**

Veniamo ora alle ricadute del *green pass* nelle aziende.

Immancabilmente l'introduzione del *green pass* per i ristoranti ha acceso il tema del *green pass* all'interno delle mense aziendali da alcuni equiparate in tutto e per tutto ai ristoranti (da qui l'obbligo di introdurre il *green pass* anche nelle mense e negli spazi comuni dove si "consumano" pasti o alimenti come le aree break aziendali) laddove da altri ritenute invece escluse per una molteplicità di ragioni tra cui, da un lato, l'esistenza in azienda (incluse le mense aziendali) dei protocolli anti Covid (e dei DVR) con l'indicazione delle misure prescritte da adottarsi (con l'esclusione del tampone obbligatorio per poter accedere al lavoro e alla mensa) efficacemente osservate sino ad oggi negli ambienti di lavoro e, dall'altro, l'osservazione prevalentemente pratica che non avrebbe senso separare in mensa i lavoratori non vaccinati da quelli vaccinati dopo che hanno lavorato fianco a fianco per tutta la giornata.

In questa incertezza del testo normativo (il DL. 105/2021 non menziona né i lavoratori né le mense aziendali essendo rivolto principalmente ai cittadini "fruitori" non vaccinati al fine di provocarne la vaccinazione) è intervenuta la FAQ (*frequently asked questions*) della Presidenza del Consiglio dei ministri del 15 agosto che ha "interpretato" la norma sui ristoranti inclusiva "anche" delle mense aziendali così azzerando sul nascere le pericolose reazioni sindacali nel frattempo verificatesi in alcune aziende del torinese (Hannon System) laddove i sindacati erano già scesi in sciopero in favore dei lavoratori non vaccinati esclusi dalle mense.

Tralasciando la legittimità di una tale "prassi" giuridicamente molto discutibile (che come è noto una FAQ non è né può essere una circolare ministeriale né tanto più una norma di legge con effetti "integrativi" della norma di legge) la conseguenza è stata quella di "scaricare" sulle società della ristorazione aziendali la responsabilità del controllo degli accessi ai soli possessori di *green pass* con non pochi profili di criticità anche in tema di privacy e identificazione dei lavoratori esclusi poiché privi di vaccinazione e tampone nei confronti della restante popolazione aziendale vaccinata.

Ad oggi pertanto la prevalenza delle mense aziendali italiane pare si stia indirizzando sulla esclusione dei lavoratori privi di *green pass* dalla fruizione del servizio mensa interna. Ovviamente ai lavoratori esclusi dovrà essere garantito un servizio "alternativo" quali la classica colazione al sacco ovvero, l'asporto del vassoio ed il consumo del pranzo in aree separate ed esterne messe a disposizione dalle aziende.

Vedremo cosa succederà nelle prossime settimane con l'arrivo dell'autunno e dei rigori climatici.

### **Il *green pass* in azienda: obbligo o facoltà? e con quali conseguenze.**

E' invece questo il tema caldo del momento certamente indotto dall'adozione in via generale del *green pass* come misura di politica sanitaria nazionale.

Molte società infatti (Sterilgarda, Cucinelli, Prada e da ultima Siemens per richiamare le più note) hanno ormai deciso di introdurre il *green pass* in azienda ma con modalità e approcci assolutamente diversi l'uno dall'altro.

Chi in via unilaterale chi invece, con modalità concordata con i sindacati. Chi ancora ponendo i tamponi a carico integrale dei lavoratori non vaccinati, chi invece (Prada) sostenendone il costo.

E chi ancora, sospendendo dalla retribuzione i lavoratori privi di *green pass*, chi invece (Cucinelli) pagando la retribuzione durante la sospensione dal lavoro quanto meno sino alla fine del periodo di emergenza Covid (per ora fissata al 31.12.2021) e chi, comunque (Siemens) continuando a facoltizzare lo smart working già in essere a quei lavoratori privi di *green pass*.

Prima di analizzare le varie soluzioni applicative empiricamente applicate "sul campo" dalle aziende - in assenza di una disposizione di legge di cui pare imminente l'adozione da parte del Governo sulla spinta anche delle istanze sindacali e datoriali - sembra del tutto ignorato il tutt'altro che trascurabile tema della legittimità del *green pass* in azienda, dandone per scontata la sua indiscussa legittimità.

Ma le cose paiono più complesse a ben vedere.

Non va dimenticato, infatti, che il *green pass* è una misura precauzionale di tipo amministrativo /sanitario introdotta dal Governo con norma di legge *ad hoc* per talune e circoscritte aree ed attività (oltre a quelle già previste dal DL. 105/2021 oggi anche per le scuole e università, accesso alle Rsa ed i trasporti su lunga percorrenza a partire dal 1 settembre) che limita volutamente la libertà di circolazione (trasporti) e di manifestazione della personalità (alla cultura, allo svago e tempo libero etc.) dei cittadini garantite dalla Costituzione, con la finalità ormai dichiarata da più parti (Brunetta, Bassetti e Burioni fra i tanti) di "spingere" gli italiani ancora non vaccinati a vaccinarsi ovvero, in alternativa, sottoponendosi alla pesante ed onerosa prassi del tampone ogni 48 ore per poter continuare a fruire delle attività e dei servizi oggi preclusi.

Se tale misura può essere considerata formalmente legittima in quanto introdotta per legge (anche se non pochi e seri dubbi di costituzionalità sono già stati sollevati al riguardo) al contrario l'introduzione di un *green pass* obbligatorio in azienda (in assenza di una norma di legge *ad hoc*) costituisce una misura unilaterale del datore di lavoro (di fatto una "prescrizione" ulteriore rispetto al contratto di lavoro) che andrebbe inevitabilmente a limitare, direttamente o indirettamente, il diritto al lavoro garantito dall'art. 4 della Costituzione per quei lavoratori che ancora oggi - in assenza

di un obbligo vaccinale di legge non va dimenticato - rifiutassero di vaccinarsi o di assoggettarsi al tampone ogni 48 ore.

In questo contesto, a mio avviso, non appare per nulla scontato che l'adozione del *green pass* in azienda soddisfi *de plano* tutti i requisiti di legittimità previsti dalla norma superiore (principalmente art. 4 Costituzione ma anche art. 3 e art. 1 Cost.) e non possa al contrario essere dichiarata illegittima in caso di successiva verifica giudiziale, con obbligo del datore di lavoro di consentire l'accesso al lavoro del lavoratore sospeso e comunque di corrispondere tutte le retribuzioni non corrisposte durante il periodo di sospensione dal lavoro.

In altri termini, allo stato del dibattito giuridico e dell'attuale quadro normativo (in assenza di un obbligo vaccinale o di *green pass* di legge per tutti i lavoratori) non mi pare del tutto pacifico che la sospensione dal lavoro e dalla retribuzione del lavoratore privo del richiesto *green pass* possa reggere senza alcuna difficoltà alla verifica del giudice del lavoro in caso di successivo contenzioso e di impugnazione del lavoratore "renitente" al tampone e primariamente al vaccino, soprattutto tenuto conto dei Protocolli anti Covid 19 applicati nelle aziende che sino ad oggi hanno efficacemente contenuto la diffusione del contagio e nella stretta osservanza delle misure precauzionali da questi previste quali distanziamento e mascherine (che in ogni caso dovrebbero continuare a restare in vigore anche dopo l'adozione del *green pass*).

### **Qualche suggerimento al riguardo: il *green pass* aziendale "soft"**

Da qui, alla luce del quadro giuridico sopra descritto, mi pare utile suggerire in questa sede qualche opportuno accomodamento così da "mitigare" le conseguenze potenzialmente critiche del *green pass* qualora lo si volesse comunque adottare in azienda sia unilateralmente che mediante intesa con i sindacati.

A tale riguardo, infatti, l'esistenza o meno di un accordo aziendale sposterebbe di poco il problema strettamente giuridico, vertendosi qui in tema di diritti individuali - quali quelli al lavoro ex art. 4 Cost. - squisitamente individuali e non certo negoziabili collettivamente dalle organizzazioni sindacali aziendali (anche se indubbiamente un accordo con le organizzazioni sindacali aziendali, quanto meno sul piano "gestionale" appare sempre preferibile, ove possibile, soprattutto in una materia così delicata e comunque già regolata sia dal DVR che dai protocolli aziendali anti Covid 19 necessariamente da armonizzare con l'introduzione del *green pass*).

Trattandosi di una misura unilaterale datoriale ancora oggi non imposta dalla legge, nulla vieta infatti che le aziende orientate ad introdurre il *green pass* lo possano applicare con ampia discrezionalità e pertanto con modalità "attenuate" e meno invasive rispetto allo schema coercitivo e cogente previsto dal DL. 105/2021 finalizzato come si è detto a creare "pressione" sui cittadini non vaccinati così da costringerli alla vaccinazione.

Se infatti la finalità reale e genuina di una azienda sarà solo quella di innalzare il livello di sicurezza interno in favore dei lavoratori (ex art. 2087 c.c.), nulla vieta che il *green pass* possa essere adottato con modalità "soft" ad esempio facoltizzando, in luogo del tampone molecolare, i tamponi salivari rapidi meno invasivi e meno costosi rispetto ai

molecolari ed oggi ritenuti ormai altrettanto scientificamente sicuri come i molecolari, gli unici sino ad oggi riconosciuti validi per legge (anche se una importante "apertura" ai tamponi salivari è stata correttamente riconosciuta in sede di approvazione alla Camera del DL. 105/2021, equiparandone finalmente la validità ai primi).

L'adozione, ai fini del green pass, di tamponi salivari rapidi in azienda (peraltro già adottati efficacemente per gli studenti nelle scuole italiane ed in alcuni paesi europei come la Francia) in luogo dei molecolari consentirebbe all'azienda di ottenere lo stesso identico risultato in termini di sicurezza da contagio Covid e certamente una maggiore adesione e consenso fra gli stessi lavoratori interessati oltre che dei sindacati (tralascio volutamente il tema del rispetto della privacy che richiede l'adozione di una attenta e separata procedura delegata al medico competente ovvero a soggetti terzi a ciò delegati al controllo e lettura giornaliera poi del QR individuale).

Ovviamente la soluzione "soft" qui proposta, e certamente praticabile in linea di diritto, potrà invece non risultare gradita se la finalità che l'azienda si propone nell'adottare il *green pass* sia quella invece di "spingere" i lavoratori ancora renitenti a vaccinarsi e ciò in linea ed a sostegno della politica sanitaria nazionale oggi praticata e conseguente all'adozione del *green pass* nei confronti di tutti i cittadini.

### **Chi paga il costo dei tamponi in azienda?**

Altro tema di non poca rilevanza è quello relativo ai costi dei tamponi che nello schema del *green "hard"* vengono posti a carico dei lavoratori renitenti.

L'adozione di tamponi salivari rapidi, meno invasivi ma soprattutto meno costosi di quelli molecolari rapidi, troverebbe evidentemente maggiore adesione fra i lavoratori ancora non vaccinati ove anche il costo fosse posto ad integrale carico degli stessi (come è noto si parla di Euro 5 il costo del tampone salivare contro Euro 30/35 per il tampone molecolare rapido).

L'adozione di tamponi salivari rapidi, inoltre, ben potrebbe essere anche finanziata in tutto o in parte dalla stessa azienda (magari con un tetto quantitativo di X tamponi a persona ovvero fissando un limite temporale ad esempio per le prime N settimane) con un approccio molto più inclusivo che certamente troverebbe il consenso oltre che dei lavoratori interessati altresì delle organizzazioni sindacali, azzerando sul nascere o comunque riducendo di molto ogni potenziale conflittualità soprattutto giudiziale.

Al contrario l'adozione del *green pass* in modalità *hard* (tampone molecolare a carico del lavoratore non vaccinato in linea con la politica sanitaria nazionale che lo pone a carico del singolo cittadino) imporrebbe al lavoratore di sopportarne il costo ogni 48 ore, con evidente rischio di contenzioso anche sul tema, secondario ma non irrilevante, di chi debba concretamente pagarlo (lavoratore o azienda), tema anch'esso per nulla scontato (al costo attuale del tampone normalmente praticato si stima un costo mensile di circa Euro 300 al mese, di fatto economicamente insopportabile per qualunque lavoratore italiano medio).

Se infatti, il tampone in azienda viene richiesto al lavoratore non vaccinato al fine di innalzare il livello di tutela e sicurezza in azienda (ex art. 2087 c.c.) a tutela degli altri

lavoratori (già vaccinati o guariti e pertanto immuni) oltre che di se stesso, mi pare difficile disconoscere nella misura richiesta (il tampone) una indubbia analogia con i dispositivi di protezione individuale imposti al lavoratore ex D.Lgs. 81/2008 e che per legge come è noto sono a carico del datore di lavoro.

Non è un caso, infatti, che talune aziende (Prada ad esempio) nell'introdurre il *green pass* (con accordo sindacale) si siano accollate il costo del tampone in favore dei lavoratori non vaccinati.

Ad ulteriore riprova va ricordato come le stesse organizzazioni sindacali, sindacali confederali abbiano dichiarato la propria disponibilità all'adozione del *green pass* in azienda qualora ovviamente venga obbligatoriamente imposto per legge (avviso comune Confindustria Cgil Cisl Uil del 6 settembre) solo a condizione che i tamponi per i lavoratori li paghi lo Stato italiano e cioè con un costo distribuito a carico della collettività.

Segno evidente che sul *green pass* in azienda il dibattito è ancora molto aperto, considerate le tante e delicate questioni, anche di rilevanza costituzionale, in gioco.

Allo stato - ed anche in vista di un provvedimento di legge considerato ormai imminente - appare preferibile un approccio calmo e meditato per le conseguenze di non poco impatto che ne potrebbero derivare, oltre che sul piano gestionale, anche e soprattutto su quello giuridico.

avv. Luca Failla, Partner - Head of Employment and benefits Deloitte Legal Italy