

Obbligo vaccinale, *Green pass* e rapporto di lavoro^{**}

di Chiara Lazzari*

SOMMARIO: 1. Dall'obbligo vaccinale al *Green pass*. – 2. (segue) ...e ritorno? – 3. Il campo di applicazione soggettivo dell'art. 4 del d.l. n. 44/2021 *ante* conversione: criticità e incongruenze. – 4. (segue) Dalla legge di conversione n. 76/2021 al d.l. n. 122/2021. – 5. (segue) Ancora sul d.l. n. 44/2021 e il suo campo di applicazione soggettivo. – 6. Obbligo vaccinale, *Green pass* e d.lgs. n. 81/2008: disciplina speciale/emergenziale *vs* disciplina generale. – 7. Appendice.

1. Dall'obbligo vaccinale al *Green pass*

Da quando le agenzie regolatorie, europea e nazionale, ne hanno autorizzato l'uso, attorno alla questione del vaccino per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2 nei contesti lavorativi si è sviluppato un vivace e intenso dibattito, che, nella primavera scorsa, si è arricchito di un importante tassello. Com'è noto, infatti, il legislatore, con l'art. 4 del d.l. 1 aprile 2021, n. 44, convertito, con modificazioni, dalla l. 28 maggio 2021, n. 76, ha introdotto, fino alla completa attuazione del piano di cui all'art. 1, comma 457, della l. 30 dicembre 2020, n. 178, e comunque non oltre il 31 dicembre 2021, un vero e proprio obbligo vaccinale per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario¹ che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, ma anche nelle farmacie, parafarmacie e negli studi professionali².

* Chiara Lazzari è professoressa associata di Diritto del lavoro nell'Università di Urbino Carlo Bo. chiara.lazzari@uniurb.it.

** Il saggio riproduce, con alcuni approfondimenti, la relazione dal titolo «Il vaccino come obbligo e come onere: riflessioni a partire dal d.l. n. 44/2021 (con qualche considerazione sul c.d. *Green pass*)» svolta al webinar sul tema «Vaccinazione anti Covid-19 e rapporto di lavoro», organizzato il 24 settembre 2021 dal Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Verona e dall'Ordine degli Avvocati di Verona.

¹ Sulle modifiche apportate in sede di conversione a proposito della categoria degli operatori di interesse sanitario, v. *infra*, § 4.

² Per alcuni commenti a tale decreto, senza pretesa di completezza, v. 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; A. DE MATTEIS, *Il decreto - legge sull'obbligo di vaccino del personale sanitario*, *ivi*, 5 aprile 2021; M. VERZARO, *ECCE LEX! L'obbligo di vaccinazione per gli operatori sanitari*, *ivi*, 5 aprile 2021; R. RIVERSO, *Note in tema di individuazione dei soggetti obbligati ai vaccini a seguito del decreto-legge n. 44/2021*, *ivi*, 12 aprile 2021; C. PISANI, *Il vaccino per gli operatori sanitari obbligatorio per legge e requisito essenziale per la prestazione*,

Alla stagione estiva appartiene, invece, la lunga sequela di provvedimenti governativi che, promuovendo indirettamente l'adesione alla campagna vaccinale, ha progressivamente esteso l'uso del c.d. *Green pass*, introdotto dal d.l. 22 aprile 2021, n. 52, convertito, con modificazioni, dalla l. 17 giugno 2021, n. 87, fino ad abbracciare l'intero mondo del lavoro.

Il riferimento è, innanzitutto, a quanto stabilisce il nuovo art. 9-*bis* del d.l. n. 52/2021, a sua volta aggiunto dall'art. 3, comma 1, del d.l. 23 luglio 2021, n. 105³, convertito, con modificazioni, dalla l. 16 settembre 2021, n. 126, che richiede, a far data dal 6 agosto 2021, l'esibizione della certificazione verde per poter fruire di un consistente numero di servizi e attività⁴, prevedendo, nella sostanza, una sorta di onere, il cui adempimento risulta necessario al cittadino per soddisfare un proprio interesse. Pochi giorni prima dell'approvazione, da parte del Consiglio dei Ministri, della misura ricordata, Confindustria aveva assunto una propria posizione in materia, diramando una nota con la quale si caldeggiava l'utilizzo del *Green pass* per

ivi, 7 aprile 2021; ID., *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 *Dirittifondamentali.it*, 2021, n. 2, p. 319 ss.; M. MOCELLA, *Vaccini e diritti costituzionali: una prospettiva europea*, *ibidem*, p. 67 ss.; M. D'APONTE, *Sulla configurabilità di un obbligo generale del lavoratore di sottoporsi alla vaccinazione nell'ordinamento giuridico vigente*, *ibidem*, 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.; 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.; 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.; 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.; ID., *L'obbligo di vaccinazione per gli operatori sanitari è legge. Per le altre categorie ad elevato rischio di contagio?*, in "Guida al lavoro", 2021, n. 26, p. 12 ss.; 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.; A. MATTEI, *Obbligo vaccinale e rapporto di lavoro*, in "WP CSDLE 'Massimo D'Antona'.IT", 2021, n. 442; AA.VV., *Responsabilità ed obblighi di lavoratori e datori di lavoro dopo i nuovi protocolli sicurezza e vaccini*, ebook, Piacenza, La Tribuna, 2021; P. PASCUCI, 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.

³ Per un primo commento, P. GREMIGNI, *Il nuovo decreto Covid: lavoratori fragili, green pass e proroga dello stato di emergenza*, in "Guida al lavoro", 2021, n. 33-34, p. 26 ss.

⁴ Dopo le modifiche introdotte in sede di conversione, si tratta, in particolare, di: a) servizi di ristorazione svolti da qualsiasi esercizio, di cui all'articolo 4, per il consumo al tavolo, al chiuso, ad eccezione dei servizi di ristorazione all'interno di alberghi e di altre strutture ricettive riservati esclusivamente ai clienti ivi alloggiati; b) spettacoli aperti al pubblico, eventi e competizioni sportivi, di cui all'articolo 5; c) musei, altri istituti e luoghi della cultura e mostre, di cui all'articolo 5-bis; d) piscine, centri natatori, palestre, sport di squadra, centri benessere, anche all'interno di strutture ricettive, di cui all'articolo 6, limitatamente alle attività al chiuso; e) sagre e fiere, convegni e congressi di cui all'articolo 7; f) centri termali, salvo che per gli accessi necessari all'erogazione delle prestazioni rientranti nei livelli essenziali di assistenza e allo svolgimento di attività riabilitative o terapeutiche, parchi tematici e di divertimento; g) centri culturali, centri sociali e ricreativi, di cui all'articolo 8-bis, comma 1, limitatamente alle attività al chiuso e con esclusione dei centri educativi per l'infanzia, compresi i centri estivi, e le relative attività di ristorazione; g-bis) feste conseguenti alle cerimonie civili o religiose, di cui all'articolo 8-bis, comma 2; h) attività di sale gioco, sale scommesse, sale bingo e casinò, di cui all'articolo 8-ter; i) concorsi pubblici; sull'uso del *Green pass* v. anche quanto previsto dagli artt. 2, 2-*bis* e 2-*quater* del d.l. n. 52/2021, e successive modificazioni, nonché dall'art. 1-*bis* del d.l. n. 44/2021.

accedere altresì ai luoghi di lavoro⁵; proposta, com'è noto, per lungo tempo al centro di un ampio dibattito e di serrati confronti fra le parti sociali⁶, che, tuttavia, non sono sfociati in accordo, mentre sugli organi di stampa hanno iniziato a comparire sempre più spesso notizie di iniziative unilaterali assunte in tal senso da singole imprese. Sicché, di fronte a un dato normativo che, per come è formulato, sembrava indirizzato più al cittadino in quanto “consumatore” in senso lato di servizi che in quanto lavoratore – con il paradossale effetto che un cameriere, per poter mangiare al tavolo al chiuso in altro ristorante, avrebbe dovuto produrre la certificazione verde che non gli era, invece, richiesta sul luogo di lavoro –, qualcuno ha pensato di riproporre lo stesso ragionamento sviluppato per il vaccino, e sostanzialmente basato sull'art. 2087 c.c., al fine di fondare la pretesa datoriale di richiedere il *Green pass* quale misura volta a garantire un ambiente di lavoro sicuro⁷. Però con tutti i dubbi del caso, dato che, laddove ha voluto, il legislatore ha espressamente previsto tale obbligo anche in capo ai prestatori di lavoro, a partire da quelli di scuola e università, ambiti, questi, da cui è iniziata la svolta nel ricorso allo strumento in questione nei contesti lavorativi.

Invero, il d.l. 6 agosto 2021, n. 111, oltre a estendere, dal 1° settembre al 31 dicembre 2021, l'uso della certificazione verde per l'accesso ai mezzi di trasporto indicati nel nuovo art. 9-*quater* del d.l. n. 52/2021 (aggiunto dall'art. 2, comma 1, del menzionato d.l. n. 111/2021)⁸, relativamente allo stesso periodo, obbliga altresì a possedere ed esibire la certificazione verde il personale scolastico del sistema nazionale di istruzione e universitario, nonché gli studenti universitari, secondo quanto prevede l'art. 9-*ter*, comma 1, del d.l. n. 52/2021, introdotto dall'art. 1, comma 6, del d.l. n. 111/2021, a meno che non si tratti di soggetti esenti dalla campagna vaccinale sulla base di idonea certificazione medica rilasciata secondo i criteri definiti con circolare del Ministero della Salute (art. 9-*ter*, comma 3). Si stabilisce poi che «il mancato rispetto delle disposizioni di cui al comma 1 da parte del personale scolastico e di quello universitario è considerato assenza ingiustificata

⁵ Cfr. V. DE LUCA, D. SCARANO, *Emergenza Covid-19 e obbligo di green pass per accedere ai luoghi di lavoro*, in “Guida al lavoro”, 2021, n. 33-34, p. 33 ss.

⁶ M. MARAZZA, *Gli effetti giuslavoristici della mancata vaccinazione*, in “Giustizia Civile.com”, Editoriale del 23 luglio 2021, p. 4.

⁷ Ricordano il dibattito G. BENINCASA, G. PIGLIALARMI, *Green Pass e rapporti di lavoro*, in “Working Paper SALUS”, 2021, n. 7, p. 4 ss., i quali, peraltro, ritengono che il citato art. 9-*bis*, avendo una finalità di tutela dell'ordine pubblico, nella cui ampia nozione rientra anche la tutela della salute dei cittadini, non distinguerebbe fra lavoratori e fruitori, rivolgendosi a tutti i consociati e integrando, pertanto, qualsiasi programma contrattuale in virtù del suo carattere imperativo, pur in assenza di uno specifico riferimento alla disciplina del rapporto di lavoro.

⁸ Ossia «a) aeromobili adibiti a servizi commerciali di trasporto di persone; b) navi e traghetti adibiti a servizi di trasporto interregionale, ad esclusione di quelli impiegati per i collegamenti marittimi nello Stretto di Messina; c) treni impiegati nei servizi di trasporto ferroviario passeggeri di tipo Intercity, Intercity Notte e Alta Velocità; d) autobus adibiti a servizi di trasporto di persone, ad offerta indifferenziata, effettuati su strada in modo continuativo o periodico su un percorso che collega più di due regioni ed aventi itinerari, orari, frequenze e prezzi prestabiliti; e) autobus adibiti a servizi di noleggio con conducente, ad esclusione di quelli impiegati nei servizi aggiuntivi di trasporto pubblico locale e regionale».

e a decorrere dal quinto giorno di assenza il rapporto di lavoro è sospeso e non sono dovuti la retribuzione né altro compenso o emolumento, comunque denominato»⁹ (art. 9-ter, comma 2, del d.l. n. 52/2021)¹⁰.

Successivamente, l'art. 1, comma 1, del d.l. 10 settembre 2021, n. 122, che introduce gli artt. 9-ter.1 e 9-ter.2 del d.l. n. 52/2021, da un lato, chiarendo un profilo problematico emerso in sede di attuazione dell'art. 9-ter¹¹, ha esteso il regime disciplinato da tale norma «anche al personale dei servizi educativi per l'infanzia di cui all'articolo 2 del decreto legislativo 13 aprile 2017, n. 65, dei centri provinciali per l'istruzione degli adulti (CPIA), dei sistemi regionali di Istruzione e Formazione Professionale (IeFP), dei sistemi regionali che realizzano i percorsi di Istruzione e Formazione Tecnica Superiore (IFTS) e degli Istituti Tecnici Superiori (ITS)». Dall'altro, ha imposto altresì l'obbligo di possedere ed esibire il *Green pass*, fino al 31 dicembre 2021, a chiunque acceda alle strutture delle istituzioni scolastiche, educative e formative di cui agli artt. 9-ter e 9-ter.1, comma 1, nonché alle strutture appartenenti alle istituzioni universitarie e dell'alta formazione artistica musicale e coreutica, oltre che alle altre istituzioni di alta formazione collegate alle università¹². In tal modo, abbracciando il criterio dell'esposizione al medesimo rischio ambientale su cui tornerò anche a proposito del d.l. n. 44/2021¹³, si è fatto fronte al problema, riscontrato nella pratica, relativo alla possibilità per scuole e università di esigere, sulla base del precedente dato normativo, l'esibizione del certificato da parte di chi facesse accesso a tali contesti per prestare determinati servizi, spesso in regime di appalto¹⁴, visto che, per un verso, l'art. 9-ter del d.l. n. 52/2021 parla testualmente solo di «personale» scolastico e universitario, ma, per l'altro, la *ratio* dell'introduzione del *Green pass* ne avrebbe giustificato l'applicazione altresì ai soggetti in questione.

⁹ Peraltro, il Ministero dell'Istruzione ha precisato che la retribuzione, e ogni altro compenso o emolumento comunque denominato, non sono dovuti per le assenze ingiustificate comprese anche tra il primo e il quarto giorno: così il Parere tecnico sul d.l. n. 111/2021 del 13 agosto 2021.

¹⁰ La violazione del ricordato art. 9-ter, comma 1, così come del successivo comma 4 in tema di controlli sul *Green pass*, è punita con sanzioni amministrative pecuniarie: art. 9-ter, comma 5, del d.l. n. 52/2021; v. anche l'art. 1, comma 2, del d.l. n. 122/2021.

¹¹ Cfr. il citato Parere tecnico del Ministero dell'Istruzione del 13 agosto 2021.

¹² La disposizione «non si applica ai bambini, agli alunni e agli studenti nonché ai frequentanti i sistemi regionali di formazione, ad eccezione di coloro che prendono parte ai percorsi formativi degli Istituti Tecnici Superiori (ITS)», oltre che ai soggetti esenti dalla campagna vaccinale sulla base di idonea certificazione medica rilasciata secondo i criteri definiti con circolare del Ministero della Salute: artt. 9-ter.1, commi 2 e 3, e 9-ter.2, comma 2, del d.l. n. 52/2021; anche in questo caso, la violazione delle disposizioni in tema di possesso, esibizione e controllo del *Green pass* è sanzionata in via amministrativa: art. 9-ter.1, comma 5, e art. 9-ter.2, comma 4.

¹³ V. *infra*, §§ 3 e 4.

¹⁴ Cfr. G. BENINCASA, G. PIGLIALARMÌ, *Green Pass e rapporti di lavoro*, cit., p. 12, a cui si rinvia per una rassegna delle iniziative assunte in proposito da alcune università; secondo i nuovi artt. 9-ter.1, comma 4, e 9-ter.2, comma 3, del d.l. n. 52/2021, qualora l'accesso alle strutture indicate sia motivato da ragioni di servizio o di lavoro, la verifica sul rispetto delle prescrizioni circa il possesso e l'esibizione del *Green pass*, oltre che dai responsabili delle strutture e istituzioni ricordate, deve essere effettuata anche dai rispettivi datori di lavoro.

Infine, il d.l. 21 settembre 2021, n. 127 ha provveduto a un'estensione generalizzata dell'obbligo della certificazione verde al lavoro pubblico e privato, senza peraltro sostituirsi agli artt. 9-ter, 9-ter.1 e 9-ter.2 del d.l. n. 52/2021, né agli artt. 4 e 4-bis del d.l. n. 44/2021¹⁵, tutti espressamente fatti salvi. Nello specifico, gli artt. 1, 2 e 3 del citato decreto aggiungono nel corpo del d.l. n. 52/2021 i nuovi artt. 9-quinquies, 9-sexies e 9-septies, i quali, in sintesi, dal 15 ottobre al 31 dicembre 2021 impongono l'obbligo di possedere ed esibire, su richiesta, il *Green pass*¹⁶ al personale contrattualizzato, e non, delle amministrazioni pubbliche, a quello delle Autorità amministrative indipendenti, ivi comprese la Consob e la Covip, della Banca d'Italia, degli enti pubblici economici e degli organi di rilievo costituzionale¹⁷, nonché, utilizzando una formula amplissima, a chiunque svolga un'attività lavorativa nel settore privato ai fini dell'accesso nei luoghi in cui la predetta attività è effettuata, senza alcuna distinzione fra lavoro subordinato e autonomo e tra tipologia di mansioni (ad esempio, "di contatto" o meno).

Il modello sanzionatorio solo in parte si ispira a quello della scuola, perché la versione definitiva del decreto non prevede più la sospensione se non in un caso. Senza differenziare fra pubblico e privato, come piuttosto ingiustificatamente faceva la bozza circolata dopo il Consiglio dei Ministri del 16 settembre, oltre a comuni sanzioni amministrative pecuniarie per chi accede ai luoghi di lavoro senza *Green pass* e per chi omette i controlli¹⁸, il lavoratore (pubblico e privato) privo del certificato è considerato assente ingiustificato, con perdita della retribuzione, ma senza conseguenze disciplinari e con diritto alla conservazione del rapporto¹⁹. Di sospensione, invece, si torna a parlare per le imprese con meno di 15 dipendenti, per le quali si dispone che, dopo il quinto giorno di assenza ingiustificata, il datore di lavoro può sospendere – sembrerebbe, quindi, in via facoltativa²⁰ – il lavoratore per la durata corrispondente a quella del contratto di lavoro stipulato per la sostituzione, comunque per un periodo non superiore a dieci giorni, rinnovabili per una sola volta²¹, senza che, tuttavia, sia chiara la *ratio* di questa previsione, a meno di non voler negare all'impresa di maggiori dimensioni la possibilità di sostituire il lavoratore assente pur in presenza di esigenze organizzative che dovessero richiederlo, nel qual caso si sarebbe allora introdotta una nuova causale

¹⁵ Sull'art. 4-bis del d.l. n. 44/2021 v. *infra*, § 4.

¹⁶ Come usualmente previsto in materia, tali disposizioni non si applicano ai soggetti esenti dalla campagna vaccinale sulla base di idonea certificazione medica rilasciata secondo i criteri definiti con circolare del Ministero della Salute: artt. 9-quinquies, comma 3, 9-sexies, comma 7, e 9-septies, comma 3.

¹⁷ L'obbligo opera anche nei confronti dei soggetti titolari di cariche elettive o di cariche istituzionali di vertice, rispetto ai quali, però, la disciplina del comma 6, in tema di assenza ingiustificata, non è richiamata, mentre gli organi costituzionali, ciascuno nell'ambito della propria autonomia, adeguano il proprio ordinamento alle nuove disposizioni: art. 9-quinquies, commi 11 e 12.

¹⁸ Cfr. gli artt. 9-quinquies, commi 7 e 8, 9-sexies, comma 6 e 9-septies, commi 8 e 9.

¹⁹ Art. 9-quinquies, comma 6; art. 9-septies, comma 6.

²⁰ Diversamente parrebbe, invece, l'art. 9-ter del d.l. n. 52/2021, laddove si prevede che «il rapporto di lavoro è sospeso».

²¹ Art. 9-septies, comma 7.

ad hoc per la stipulazione del contratto a termine limitatamente alle realtà imprenditoriali più piccole. Né, sotto questo profilo, appare agevole collocare la comunicazione, da parte del lavoratore, di non possesso del *Green pass* di cui parla l'art. 9-*septies*, comma 6 (ma anche l'art. 9-*quinquies*, comma 6), non essendo certo che la stessa possa assumere le caratteristiche di una comunicazione preventiva e generale richiesta al personale al fine di consentire al datore di lavoro, a prescindere dalle dimensioni, di meglio organizzare la propria attività. In ogni modo, se, dopo il d.l. n. 44/2021 e alla luce della disciplina prevista dagli artt. 9-*ter* e 9-*ter.1* del d.l. n. 52/2021, poc'anzi ricordati, la sospensione senza retribuzione sembrava rappresentare il modello sanzionatorio generale²², del resto in linea con analoghe soluzioni accolte in giurisprudenza²³, l'ultimo decreto compie, invece, scelte diverse che, specie in rapporto al personale scolastico/universitario ed equiparato, anch'esso soggetto al *Green pass* e non all'obbligo vaccinale, introducono una differenza di trattamento di non agevole comprensione, anche perché, sul piano degli effetti retributivi, nel sistema delineato dal legislatore non paiono esservi diversità sostanziali fra assenza ingiustificata e sospensione.

Nonostante il richiamo generalizzato anche al personale non contrattualizzato della p.a. da parte del nuovo art. 9-*quinquies* del d.l. n. 52/2021, una disciplina specifica è stabilita per i magistrati (ordinari, amministrativi, contabili, militari, nonché per i componenti delle commissioni tributarie)²⁴, che non possono accedere agli uffici giudiziari senza certificazione, a differenza dei «soggetti diversi...», ivi inclusi gli avvocati e gli altri difensori, i consulenti, i periti e gli altri ausiliari del magistrato estranei alle amministrazioni della giustizia, i testimoni e le parti del processo»²⁵. V'è da chiedersi se tra i «soggetti diversi» siano

²² V. MAIO, *L'obbligo vaccinale anti Covid-19 del personale sanitario e le conseguenze della sua violazione*, in AA.VV., *Responsabilità ed obblighi*, cit., p. 74 ss.

²³ V., ad esempio, Trib. Modena, 19 maggio 2021, ord. (confermata da Trib. Modena, 23 luglio 2021, ord.) e Trib. Verona, 16 giugno 2021, ord., con riferimento a operatori socio-sanitari e fisioterapisti, operanti presso residenze per anziani e disabili; analogamente Trib. Roma, 28 luglio 2021, n. 18441, ord., che, con riguardo al caso di una lavoratrice di ambito non sanitario, ma a contatto con l'utenza, richiama espressamente in motivazione la citata ordinanza di maggio del Tribunale di Modena; v. pure Trib. Milano, 22 luglio 2021, ord., nonché la rassegna giurisprudenziale curata da D. ZAVALLONI, *Rifiuto della vaccinazione: legittima la sospensione dal lavoro e dalla retribuzione*, in "Guida al lavoro", 2021, n. 36, p. 40 ss., che analizza anche le ordinanze, dello stesso tenore, dei Tribunali di Ivrea e Terni; peraltro, secondo Trib. Milano, 15 settembre 2021, «rappresentando la sospensione del lavoratore senza retribuzione l'*extrema ratio*, vi è un preciso onere del datore di lavoro di verificare l'esistenza in azienda di posizioni lavorative alternative, astrattamente assegnabili al lavoratore, atte a preservare la condizione occupazionale e retributiva, da un lato, e compatibili, dall'altro, con la tutela della salubrità dell'ambiente di lavoro, in quanto non prevedenti contatti interpersonali con soggetti fragili o comportanti, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2».

²⁴ Nella versione definitiva non compare più il riferimento ad avvocati e procuratori dello Stato presente nella bozza; invece, l'obbligo di *Green pass* vale anche nei confronti del magistrato onorario: art. 9-*sexies*, comma 4; quanto al personale di cui all'art. 9-*sexies*, comma 1, collocato fuori ruolo presso le amministrazioni menzionate dall'art. 9-*quinquies*, comma 1, v. il comma 10 di quest'ultima disposizione.

²⁵ Art. 9-*sexies*, comma 8.

da ricomprendere gli amministrativi del comparto giustizia²⁶: da un lato, infatti, la formula «ivi inclusi» sembrerebbe voler porre l'accento sui profili professionali espressamente richiamati, ma in un'ottica comunque non esaustiva; dall'altro, tali lavoratori parrebbero rientrare, anche per motivi di ragionevolezza, nella previsione generale dell'art. 9-*quinquies*. Anche in questo caso, l'assenza dall'ufficio conseguente alla carenza o alla mancata esibizione del *Green pass* è considerata ingiustificata, e non è dovuta la retribuzione, permanendo comunque il diritto alla conservazione del rapporto di lavoro²⁷. Pertanto, a differenza della bozza, non si prevede più che essa rilevi ai fini di cui all'art. 127, comma 1, lett. c, del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3²⁸, ma, diversamente da quanto disposto dagli artt. 9-*quinquies* e 9-*septies* e, invece, in linea con l'art. 9-*ter* del d.l. n. 52/2021, non si esclude espressamente un possibile collegamento fra detta assenza ed eventuali conseguenze disciplinari. Conseguenze che sono in ogni modo esplicitamente contemplate nel caso di accesso agli uffici giudiziari in violazione dell'obbligo di possedere ed esibire il *Green pass*²⁹. Il punto merita di essere sottolineato, perché anche per gli altri lavoratori delle pubbliche amministrazioni indicate nell'art. 9-*quinquies*, così come per i lavoratori privati, si prevede, in questa ipotesi, che «restano ferme le conseguenze disciplinari secondo i rispettivi ordinamenti di appartenenza» o «di settore»³⁰, con un riferimento verosimilmente allusivo a contratti collettivi e codici disciplinari, i quali, però, sembrerebbero bisognosi di essere rivisti in tal senso. Dunque, se, per i lavoratori in questione, l'assenza ingiustificata non è rilevante a fini disciplinari, potrebbe comunque esserlo, secondo le varie regolamentazioni, l'accesso al luogo di lavoro in violazione dell'obbligo di possesso ed esibizione della certificazione verde.

L'obbligo, infine, opera altresì – sempre in virtù del criterio dell'esposizione allo stesso rischio ambientale – nei confronti di tutti i soggetti che svolgono, a qualsiasi titolo, la propria attività lavorativa, ma anche di formazione (come i

²⁶ In effetti, mentre l'art. 2 della bozza era rubricato «Impiego delle certificazioni verdi negli uffici giudiziari», il testo definitivo del decreto parla di «Impiego delle certificazioni verdi COVID-19 da parte dei magistrati negli uffici giudiziari»; diversa, inoltre, era la formulazione della norma che escludeva dall'obbligo gli avvocati e gli altri soggetti richiamati nel testo.

²⁷ Art. 9-*sexies*, comma 2.

²⁸ La norma prevede la decadenza del pubblico impiegato «quando, senza giustificato motivo, non assuma o non riassuma servizio entro il termine prefissogli, ovvero rimanga assente dall'ufficio per un periodo non inferiore a quindici giorni ove gli ordinamenti particolari delle singole amministrazioni non stabiliscano un termine più breve».

²⁹ Secondo l'art. 9-*sexies*, comma 3, infatti, «l'accesso dei soggetti di cui al comma 1 agli uffici giudiziari in violazione della disposizione di cui al medesimo comma 1 integra illecito disciplinare ed è sanzionato per i magistrati ordinari ai sensi dell'articolo 12, comma 1, del decreto legislativo 23 febbraio 2006, n. 109, e per gli altri soggetti di cui al medesimo comma 1 del presente articolo secondo i rispettivi ordinamenti di appartenenza. Il verbale di accertamento della violazione è trasmesso senza ritardo al titolare dell'azione disciplinare».

³⁰ Art. 9-*quinquies*, comma 7; art. 9-*septies*, comma 8.

tirocinanti) o di volontariato, nelle pubbliche amministrazioni ricordate (tranne – parrebbe – negli uffici giudiziari)³¹ e nei luoghi di lavoro privati³².

Non può essere questa la sede per un esame più dettagliato del provvedimento³³. Osservo solo che con l'ultimo intervento legislativo si sono senz'altro risolte alcune aporie: si pensi alle attività e ai servizi indicati nell'art. 9-*bis* del d.l. n. 52/2021, che definiscono altrettanti luoghi di lavoro, sebbene, come accennavo, solo i fruitori, e non i lavoratori, sembravano essere destinatari dell'obbligo di *Green pass*, nonostante la comune esposizione al medesimo rischio. Ma si pensi anche alla questione delicatissima delle mense aziendali, rispetto alle quali una FAQ governativa del 14 agosto 2021, notoriamente priva di valore cogente, aveva però affermato la necessità della certificazione per la consumazione al tavolo al chiuso³⁴ non solo nel caso delle mense esterne, come poteva essere immaginabile e condivisibile, ma anche di quelle interne; conclusione, questa, invece più discutibile, dato che, per accedere ai luoghi di lavoro in cui tali mense sono site, la certificazione verde al tempo non era richiesta. Esso, tuttavia, presenta anche importanti nodi problematici, rispetto ai quali è auspicabile un intervento in sede di conversione. Alcuni sono stati già evidenziati poc'anzi, altri emergono ad esempio in tema di controlli, dovendo la vocazione universalistica del decreto fare realisticamente i conti con un alto rischio d'ineffettività delle prescrizioni imposte in presenza di organizzazioni poco, o nulla, strutturate, come nel caso del lavoratore autonomo che effettua una prestazione al domicilio del cliente, rispetto al quale non è chiaro se a quest'ultimo possa attribuirsi la qualità datoriale ai fini delle sanzioni pecuniarie previste per l'omissione di controlli³⁵, e del lavoro domestico, da sempre caratterizzato da ampie sacche d'irregolarità. Ma si consideri anche l'ipotesi in cui lo *smart working* sia utilizzato per collocare in modalità agile

³¹ Infatti, il comma 2 dell'art. 9-*quinquies* non è tra le previsioni richiamate dall'art. 9-*sexies*, comma 7.

³² Artt. 9-*quinquies*, comma 2, e 9-*septies*, comma 2. In questo caso, analogamente agli artt. 9-*ter.1* e 9-*ter.2*, si prevede che per tali lavoratori la verifica sul rispetto delle prescrizioni sia effettuata anche dai rispettivi datori di lavoro, oltre che da quelli dei luoghi di lavoro presso i quali essi si recano: artt. 9-*quinquies*, comma 4, e 9-*septies*, comma 4; v., peraltro, M. TIRABOSCHI, *Green Pass e rapporti di lavoro: cosa succede per i lavoratori in somministrazione?*, in "Bollettino Adapt", 4 ottobre 2021, n. 34, che, con riguardo ai lavoratori in somministrazione, riconduce l'obbligo di controllo solo in capo all'utilizzatore.

³³ Per alcuni approfondimenti, si vedano i contributi di M. DELLE CAVE, L. FAILLA, S. CORBETTA, A. IACOBELLIS, M. GALLO, S. BARGELLINI-L. BORGHINI, I. MEGALI, A. MONTEMARANO, tutti in "Guida al lavoro", 2021, n. 39, cui *adde* M. TIRABOSCHI, *Green Pass e rapporti di lavoro*, cit.; M. BASILICO, *Il problematico obbligo di green pass per lavoratori pubblici e privati (magistrati compresi)*, in www.giustiziansieme.it, 25 settembre 2021; A. DE MATTEIS, *Green pass: la lunga marcia del decreto-legge 21 settembre 2021, n. 127*, in "Il Giuslavorista", 27 settembre 2021, oltre agli autori citati *sub* nota 35; v. pure la Nota di aggiornamento di Confindustria, in "Bollettino Adapt", 27 settembre 2021, n. 33.

³⁴ Sul tema, S. CORBETTA, M. DELLE CAVE, *Green pass, è condizione di accesso anche per le mense aziendali*, in "Guida al lavoro", 2021, n. 35, p. 43 ss.

³⁵ Lo escludono le FAQ governative, sulle quali P. GREMIGNI, *Green pass sul lavoro: le prime risposte del Governo*, in "Guida al lavoro", 2021, n. 40, p. 12 ss.; M. ASSENTI, P. RAUSEI, *Green Pass obbligatorio: sintesi operativa e fac-simile per i datori di lavoro privati* e A. TARZIA, *Green Pass, tra regole incerte, dubbi applicativi e scarsi controlli*, entrambi in "Bollettino Adapt", 4 ottobre 2021, n. 34.

lavoratori privi di certificazione: se la legittimità dell'operazione contrattuale, dal sapore fraudolento, è, infatti, da escludere, come affermano condivisibilmente le FAQ governative, nondimeno l'accordo fra datore e lavoratore rende difficile impedire concretamente l'elusione dell'obbligo, dato che i controlli sono devoluti proprio alla parte datoriale³⁶.

2. (segue) ...e ritorno?

Ai fini che qui interessano, preme, però, soprattutto osservare che le disposizioni richiamate in tema di certificazione verde non sanciscono formalmente alcun obbligo di vaccinazione di portata generale: lo conferma il fatto che, ai sensi dell'art. 9 del d.l. n. 52/2021, essa è rilasciata, pur se con una durata sensibilmente diversa, non soltanto ai vaccinati, anche dopo una sola dose, ma altresì ai guariti e, soprattutto, a chi abbia effettuato un test antigenico rapido o molecolare³⁷, con esito negativo al virus SARS-CoV-2³⁸. Questo mi sembra un punto centrale, come avrò modo di rimarcare a breve. E invero proprio la presenza di un'alternativa al vaccino costituisce l'argomento utilizzato dal *Conseil Constitutionnel* francese nella decisione del 5 agosto 2021, n. 824 per affermare che la legge relativa alla gestione della crisi sanitaria – in particolare con riguardo alle «*dispositions subordonnant l'accès à certains lieux, établissements, services ou événements à la présentation d'un "passe sanitaire", qui peut revêtir la forme soit d'un résultat d'examen de dépistage virologique ne concluant pas à une contamination par la covid-19, soit d'un justificatif de statut vaccinal, soit d'un certificat de rétablissement à la suite d'une contamination*» – non introduce «*ni obligation de soin ni obligation de vaccination*»³⁹.

Peraltro, se il ricorso al tampone ogni 48 ore⁴⁰ può rappresentare un'alternativa effettivamente praticabile per chi non voglia vaccinarsi quando si tratti di attività concernenti lo svago e il tempo libero, o per chi abbia necessità di partecipare a un concorso pubblico (arg. *ex* art. 9-*bis* del d.l. n. 52/2021), v'è da

³⁶ Invece, poiché la certificazione è finalizzata alla possibilità di accedere ai luoghi di lavoro, sul presupposto implicito che gli stessi implicino la presenza anche di altri soggetti comunque riconducibili alla comunità di lavoro, non sembra che essa possa riguardare chi già svolge la prestazione in modalità agile al proprio domicilio; resta, tuttavia, fermo che, nel momento del rientro in azienda o negli uffici pubblici, non ci si potrà sottrarre all'esibizione del *Green pass*.

³⁷ Quest'ultimo anche su campione salivare e nel rispetto dei criteri stabiliti con circolare del Ministero della Salute: così il nuovo art. 9, comma 1, lett. *a*, del d.l. n. 52/2021, dopo le modifiche introdotte dal d.l. n. 105/2021, convertito dalla l. n. 126/2021.

³⁸ Nel dettaglio, cfr. l'art. 9 del d.l. n. 52/2021, e successive modificazioni.

³⁹ V. anche TAR Lazio, sez. III *bis*, 2 settembre 2021, n. 4531, decr., a proposito dell'art. 9-*ter* del d.l. n. 52/2021; in precedenza sul d.l. n. 111/2021, che ha introdotto la citata disposizione, si era pronunciato anche TAR Lazio, sez. I, 24 agosto 2021, n. 4453, decr., dichiarando inammissibile il ricorso che denunciava l'illegittimità costituzionale del provvedimento evidentemente davanti a sede incompetente, non essendo stato impugnato alcun atto amministrativo di applicazione del disposto legislativo.

⁴⁰ Si discute se riconoscere al tampone molecolare una validità pari a 72 ore: tuttavia, ai fini del discorso condotto in questa sede, poco cambierebbe.

chiedersi se lo stesso possa dirsi allorché si parli di lavoro, a maggior ragione qualora questo comporti una presenza in sede quotidiana, perché, se così non fosse, l'imposizione del *Green pass* potrebbe di fatto tradursi in un vero e proprio obbligo di vaccinazione, pur se indiretto, forse con qualche rischio di aggiramento dell'art. 32, comma 2, Cost., che mi sembra richiedere una definizione inequivoca di obblighi che incidono sulla sfera personalissima del soggetto. Tanto più che la ricordata sanzione della sospensione senza retribuzione *ex art. 9-ter* del d.l. n. 52/2021, norma che ha fatto da apripista per l'estensione della certificazione verde in ambito lavorativo, richiama molto da vicino quella introdotta per gli operatori inottemperanti all'obbligo sancito dall'art. 4 del d.l. n. 44/2021⁴¹, tra l'altro senza passare per la ricerca di mansioni diverse, anche inferiori, invece disposta per i contesti sanitari⁴²; e le finalità enunciate dalla medesima previsione riecheggiano gli obiettivi individuati nell'art. 4, comma 1, del decreto della primavera scorsa⁴³.

Insomma – proprio in ragione delle condivisibili finalità perseguite dal legislatore, ossia implementare la campagna di vaccinazione – forse sarebbe stato preferibile il ricorso a uno strumentario tecnico più lineare, sul modello di quanto fatto, pur non senza criticità, per gli operatori sanitari. Tuttavia, le difficoltà politiche, finora emerse, di trovare un accordo attorno a un generalizzato obbligo vaccinale ha indotto a scelte differenti e per certi versi più scivolose.

⁴¹ Si pronunciano per la legittimità della sospensione dell'operatore sanitario ancor prima che sia comunicato dalla Asl l'atto di accertamento dell'inosservanza dell'obbligo vaccinale le ordinanze emesse da Trib. Roma, 20 agosto 2021, nn. 79833 e 79834, e Trib. Roma, 22 agosto 2021, nn. 79843 e 79844, su cui C. PISANI, *Legittima la sospensione del sanitario no-vax in attesa della comunicazione Asl*, in "Guida al lavoro", 2021, n. 37, p. 23 ss.; sulla legittimità di scelte datoriali migliorative in favore di lavoratori inottemperanti all'obbligo *ex art. 4* del d.l. n. 44/2021, cfr. Trib. Pavia, 20 luglio 2021, ord., in un caso di ricorso alle ferie arretrate anziché alla sospensione dalla prestazione senza retribuzione.

⁴² Ciò è ritenuto da TAR Lazio, sez. III *bis*, 2 settembre 2021, n. 4531, decr., «correttamente e razionalmente giustificabile alla luce della tipicità delle mansioni del personale scolastico, specie di quello docente»; tale «tipicità», per vero, sembrerebbe sussistere anche per le mansioni proprie del personale sanitario, sicché pare dubbio addurla a fondamento della diversa scelta compiuta dal legislatore.

⁴³ L'art. 9-ter del d.l. n. 52/2021 richiama, infatti, il fine di «tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione in presenza del servizio essenziale di istruzione» a fronte di quello, previsto dall'art. 4 del d.l. n. 44/2021, di «tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza»; rispetto a tali ultime finalità, TAR Friuli Venezia Giulia, sez. I, 10 settembre 2021, n. 261 osserva condivisibilmente che «l'interesse a prevenire lo sviluppo della malattia da Covid-19 in capo agli operatori sanitari, nel contesto dell'emergenza pandemica, assume un'indubbia valenza pubblicistica, giacché garantisce la continuità delle loro prestazioni professionali e, quindi, l'efficienza del servizio fondamentale cui presiedono. Sotto altro profilo, è di valenza pubblicistica anche l'interesse a mitigare l'impatto sul SSN – in termini, soprattutto, di ricoveri e occupazione delle terapie intensive – che potrebbe comportare l'incontrollata diffusione della malattia da Covid-19 in capo a soggetti naturalmente esposti, in misura maggiore rispetto alla media, al rischio di contagio e che costituiscono un insieme numericamente considerevole della popolazione nazionale»; di talché, anche ammesso (e non concesso, alla luce dei dati scientifici addotti dal giudice) che il vaccino abbia solo un'efficacia preventiva della malattia e non dell'infezione, non sarebbe comunque possibile confinare «la scelta vaccinale del sanitario in una dimensione strettamente individuale e quindi in nessun modo coercibile».

3. Il campo di applicazione dell'art. 4 del d.l. n. 44/2021 ante conversione: criticità e incongruenze

Venendo, dunque, all'analisi dell'unico provvedimento che, al momento, stabilisce formalmente un vero e proprio obbligo di vaccinarsi, uno dei punti più critici dell'art. 4 del d.l. n. 44/2021 è apparso sin da subito quello relativo all'individuazione del suo campo di applicazione soggettivo.

Per vero, soverchi problemi non si sono posti con riguardo alla categoria degli «esercenti le professioni sanitarie»⁴⁴, mentre, quanto al richiamo agli «operatori di interesse sanitario», ci si è immediatamente chiesti chi fossero.

In proposito, sono state tentate varie interpretazioni, più o meno estensive rispetto al dato legislativo⁴⁵, che hanno dovuto fare i conti con due considerazioni contrapposte.

Da un lato, trattandosi di una disciplina che, in attuazione dell'art. 32, comma 2, Cost., pone un limite al principio di autodeterminazione dell'individuo in materia sanitaria, sancito dalla medesima norma costituzionale, la stessa sembra dover essere interpretata restrittivamente.

Dall'altro, l'obbligo vaccinale, sul piano logico-sistematico, dovrebbe riguardare tutti coloro che a vario titolo si trovano a operare negli ambienti considerati dal d.l. n. 44/2021 (come gli addetti alle pulizie). Infatti, l'eventuale esclusione di lavoratori che svolgono mansioni “di contatto”, e prestano la propria attività nei medesimi contesti soggetti allo stesso rischio, provocherebbe un grave *vulnus* agli obiettivi di tutela perseguiti dal decreto⁴⁶.

In ragione di ciò, sarebbe stato opportuno, per non dire necessario, che la condivisibile idea secondo cui la nozione di operatore di interesse sanitario si sarebbe dovuta definire in modo ampio, vale a dire alla luce dell'esposizione al medesimo rischio ambientale⁴⁷, fosse suffragata da un chiaro intervento in tal senso del legislatore in sede di conversione del d.l. n. 44/2021.

4. (segue) Dalla legge di conversione n. 76/2021 al d.l. n. 122/2021

Sennonché, la strada seguita è stata diversa, senza che il problema segnalato sia stato risolto. Anzi, il riferimento agli «operatori di interesse sanitario di cui

⁴⁴ Tale categoria, infatti, è stata unanimemente identificata alla luce della l. 11 gennaio 2018, n. 3 e del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 13 settembre 1946, n. 233, ratificato dalla l. 17 aprile 1956, n. 561.

⁴⁵ Per una ricostruzione del dibattito in materia, ci si permette di rinviare a C. LAZZARI, *Il campo di applicazione e le ricadute sistematiche del d.l. 1° aprile 2021, n. 44, convertito, con modificazioni, dalla l. 28 maggio 2021, n. 76*, in AA.VV., *Responsabilità ed obblighi*, cit., p. 34 ss., ed ivi per i necessari riferimenti bibliografici.

⁴⁶ *Amplius*, P. PASCUCCI, C. LAZZARI, *Prime considerazioni*, cit., pp. 155-156.

⁴⁷ R. RIVERSO, *Note in tema di individuazione*, cit., p. 10 ss.; in tema v. anche A. DE MATTEIS, *Il decreto - legge sull'obbligo di vaccino*, cit., p. 4 ss.; E. GRAGNOLI, *L'epidemia, la vaccinazione*, cit., p. 7.

all'articolo 1, comma 2, della legge 1° febbraio 2006, n. 43» – precisazione, questa, che costituisce l'unica novità significativa aggiunta dalla l. n. 76/2021 – rischia di aprire ulteriori questioni, dal momento che detta disposizione finisce con il rimettere l'individuazione e formazione di tali figure al legislatore regionale, con la conseguenza che ciascuna regione potrebbe definire profili, e percorsi formativi, differenti⁴⁸.

Ne deriva che non solo la scelta legislativa potrebbe perpetuare quella difformità fra regioni più volte riscontrata, e stigmatizzata, durante la gestione di questa pandemia e anche in tema di vaccinazioni, ma, a mio parere, essa solleva altresì molti dubbi di legittimità costituzionale⁴⁹.

Da un lato, qui si verte in una materia – quella della «profilassi internazionale» – di esclusiva competenza dello Stato *ex* art. 117, comma 2, lett. *q*, Cost., comprensiva, come ha recentemente precisato la Corte costituzionale proprio a proposito della Covid-19, «di ogni misura atta a contrastare una pandemia sanitaria in corso, ovvero a prevenirla»⁵⁰. È vero, infatti, che l'obbligo vaccinale previsto in capo agli operatori di interesse sanitario è posto in generale dalla fonte statale, ma la concreta individuazione delle figure ascrivibili a tale categoria, dai contorni indefiniti e non tipizzati dalla legge statale, dipende, in ultima analisi, dalle scelte dei vari legislatori regionali. Così come è vero che, in una precedente sentenza, la Corte costituzionale ha affermato che le competenze regionali «continuano a trovare spazi non indifferenti di espressione anche in materia di vaccinazioni»; però solo se «l'intervento del legislatore regionale non ha per oggetto la regolazione degli obblighi vaccinali – che chiamerebbe in causa la competenza statale in tema di determinazione dei principi fondamentali della materia di tutela della salute (sentenza n. 5 del 2018)»⁵¹. Quindi, detto intervento risulta certamente ammissibile, purché non si avventuri sul delicato terreno della selezione dei soggetti obbligati⁵².

Dall'altro lato, solo una disciplina unitaria appare idonea a dare piena attuazione al combinato disposto degli artt. 3 e 32, comma 1, Cost., cioè a

⁴⁸ Secondo tale articolo, infatti, «resta ferma la competenza delle regioni nell'individuazione e formazione dei profili di operatori di interesse sanitario non riconducibili alle professioni sanitarie come definite dal comma uno», che a sua volta richiama «le professioni sanitarie infermieristiche, ostetrica, riabilitative, tecnico-sanitarie e della prevenzione previste ai sensi della legge 10 agosto 2000, n. 251, e del decreto del Ministro della sanità 29 marzo 2001...i cui operatori svolgono, in forza di un titolo abilitante rilasciato dallo Stato, attività di prevenzione, assistenza, cura o riabilitazione».

⁴⁹ *Ante* conversione, Trib. Belluno, 6 maggio 2021, ord., ha invece condivisibilmente ritenuto manifestamente infondata, alla luce della consolidata giurisprudenza costituzionale, la questione di legittimità dell'art. 4, prospettata dalle parti reclamanti in relazione all'art. 32 Cost.; analogamente, Trib. Verona, 24 maggio 2021, ord.; invece, dubbi sulla compatibilità costituzionale del decreto in G. ZAMPINI, *La vaccinazione anti SARS-CoV-2*, cit., p. 10 ss.

⁵⁰ Corte cost., 12 marzo 2021, n. 37; su tale sentenza, per la dottrina giuslavoristica, cfr. R. SANTUCCI, *Vaccinazione contro il Covid-19*, cit., p. 324 ss.

⁵¹ Corte cost., 6 giugno 2019, n. 137; sul punto, v. anche *infra*, nel testo.

⁵² L'intervento regionale dovrebbe, infatti, restare confinato entro i limiti di una regolamentazione che riguardi, ad esempio, l'organizzazione dei servizi sanitari, come riconosciuto, almeno per alcune disposizioni, nel caso della legge della Regione Puglia 19 giugno 2018, n. 27, che aveva originato la questione di costituzionalità decisa con la sentenza n. 137/2019.

«preservare l'uguaglianza delle persone nell'esercizio del fondamentale diritto alla salute e a tutelare contemporaneamente l'interesse della collettività»⁵³. Non a caso, con riguardo al tema contiguo del *Green pass*, anche a fronte delle fughe in avanti, anticipate in interviste televisive, di alcuni Presidenti di Regione, in sede di conversione del d.l. n. 105/2021 si è opportunamente precisato che «ogni diverso o nuovo utilizzo delle certificazioni verdi COVID-19 è disposto esclusivamente con legge dello Stato» (art. 3, comma 2, ultimo periodo, del d.l. n. 105/2021, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 126/2021).

Semmai, a voler porre l'accento più che sulla materia della profilassi internazionale, di esclusiva competenza statale, su quella della tutela della salute, di competenza concorrente, il problema potrebbe al limite ritenersi superato qualora ci si trovasse di fronte ad accordi conclusi in seno alla Conferenza Stato-Regioni, come nel caso dell'assistente di studio odontoiatrico, espressamente definito quale operatore d'interesse sanitario di cui all'art. 1, comma 2, della l. n. 43/2006 dall'intesa tra Ministero della Salute, Regioni e Province autonome siglata il 23 novembre 2017 e poi recepita dal d.p.c.m. 9 febbraio 2018 proprio al fine di assicurarne l'immediata e uniforme applicazione su tutto il territorio nazionale.

Se questo è stato l'insoddisfacente portato della legge di conversione, non stupisce, allora, che il legislatore abbia avuto necessità di ritornare sul punto relativo ai lavoratori del settore che effettuano prestazioni non di contenuto squisitamente sanitario, e lo abbia fatto attraverso una tecnica regolativa che, anche in questo caso, fa leva direttamente sull'obbligo di vaccinazione anziché sullo strumento del *Green pass*, evidentemente sul presupposto che le peculiarità dell'ambito socio-sanitario e socio-assistenziale, sotto il profilo dei soggetti fragili coinvolti e di chi opera a contatto coi medesimi, giustifichi un'opzione più netta.

Dunque, accogliendo il criterio dell'esposizione al medesimo rischio ambientale poc'anzi ricordato, l'art. 2 del d.l. n. 122/2021 introduce nel corpo del d.l. n. 44/2021 un nuovo art. 4-bis, il quale, dal 10 ottobre al 31 dicembre 2021, estende l'obbligo vaccinale ex art. 4, comma 1, altresì «a tutti i soggetti anche esterni che svolgono, a qualsiasi titolo, la propria attività lavorativa nelle strutture»⁵⁴ di cui al precedente art. 1-bis del medesimo d.l. n. 44/2021, rinviando a un futuro d.p.c.m., adottato di concerto con i Ministri della salute, per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale e dell'economia e delle finanze, sentito il Garante per la protezione dei dati personali⁵⁵, la definizione delle modalità attraverso le quali i responsabili di tali strutture, nonché i datori di lavoro dei

⁵³ Così ancora Corte cost., 12 marzo 2021, n. 37.

⁵⁴ Anche in questo caso, l'obbligo non si applica agli esenti dalla campagna vaccinale sulla base di idonea certificazione medica rilasciata secondo i criteri definiti con circolare del Ministero della Salute: art. 4-bis, comma 2.

⁵⁵ Sui complessi profili concernenti la relazione fra vaccini, rapporto di lavoro e *privacy* si rinvia alla relazione di R. FLOR al webinar citato, cui *adde*, da ultimo, A. INGRAO, *Pandemia, protezione dei dati personali, accertamenti sanitari, vaccini, green pass e dintorni*, in "Lavoro Diritti Europa", 2021, n. 3 e L. D'ARCANGELO, *Vaccinazione antiCovid-19 e trattamento dei dati personali. Prime osservazioni al Provvedimento del Garante privacy n. 198 del 2021*, in questa "Rivista", 2021, n. 1, I, p. 185 ss.

lavoratori esterni, possano acquisire le informazioni necessarie per verificare l'adempimento dell'obbligo in questione. Detti responsabili, nonché i datori di lavoro, sono infatti sanzionati in via amministrativa allorché non assicurino il rispetto dell'obbligo di cui all'art. 4-*bis*, comma 1; la medesima sanzione colpisce altresì chi accede alle strutture ricordate in violazione di tale disposizione⁵⁶.

A proposito delle strutture in parola, merita rilevare che la nuova previsione non fa ricorso alla stessa formula utilizzata nell'art. 4, comma 1, del d.l. n. 44/2021 («strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private»), richiamando, invece, quelle di cui all'art. 1-*bis* del medesimo decreto, il quale, a sua volta, si riferisce a strutture di ospitalità e di lungodegenza, residenze sanitarie assistite (RSA), *hospice*, strutture riabilitative e strutture residenziali per anziani, anche non autosufficienti, strutture residenziali di cui all'art. 44 del d.p.c.m. 12 gennaio 2017 e socio-assistenziali. Se, nella sostanza, il campo di applicazione oggettivo delle due disposizioni pare coincidere, sarebbe comunque opportuno che la legge di conversione chiarisse espressamente che questa disciplina vale, com'è ragionevole, anche per le strutture definite dall'art. 4 quali sanitarie *tour court*⁵⁷.

Per altro verso, nella stessa sede sarebbe il caso anche di intervenire sul sistema sanzionatorio, tra l'altro concepito in termini binari. Invero, per i soggetti esterni alla struttura (che, ad esempio, lavorano al suo interno in virtù di un appalto), o collegati ad essa da rapporti di lavoro non subordinati (come le co.co.co.), che accedono in violazione dell'obbligo, sembra non esservi spazio per ulteriori conseguenze rispetto alle sanzioni pecuniarie amministrative previste, mentre, secondo l'art. 4-*bis*, comma 4, «agli esercenti le professioni sanitarie e agli operatori di interesse sanitario⁵⁸ nonché ai lavoratori dipendenti delle strutture di cui all'articolo 1-*bis*» «si applicano le disposizioni di cui all'articolo 4, ad eccezione del comma 8, e la sospensione della prestazione lavorativa comporta che non sono dovuti la retribuzione né altro compenso o emolumento, comunque denominato, e mantiene efficacia fino all'assolvimento dell'obbligo vaccinale o, in mancanza, fino al completamento del piano vaccinale nazionale e comunque non oltre il 31 dicembre 2021, fermo restando quanto previsto dall'articolo 4, comma 10». In buona sostanza, per i lavoratori testé menzionati pare farsi luogo immediatamente alla sospensione dal rapporto e dalla retribuzione, senza passare per la ricerca di mansioni alternative, anche inferiori, invece generalmente disposta nei contesti regolati dall'art. 4 del d.l. n. 44/2021, fatta salva la disciplina di cui al comma 10 di tale articolo per chi non può vaccinarsi. Al di là dell'approssimativa tecnica con cui la previsione risulta formulata, v'è da chiedersi se sia davvero opportuno introdurre

⁵⁶ Cfr. l'art. 4-*bis*, comma 5.

⁵⁷ Il dubbio nasce dal fatto che il citato art. 44 è sì collocato nel Capo V del d.p.c.m. 12 gennaio 2017, a sua volta rubricato «Assistenza ospedaliera», ma il suo contenuto si riferisce solo alle prestazioni di riabilitazione e lungodegenza post-acuzie garantite in regime di ricovero ospedaliero.

⁵⁸ Sarebbe opportuno altresì precisare se, in un'ottica di omogeneità rispetto all'art. 4, anche in questo caso gli operatori di interesse sanitario siano sempre quelli di cui all'art. 1, comma 2, della l. n. 43/2006: v. *supra*, in questo §.

un regime separato rispetto a quello delineato dal citato art. 4, con il rischio di alimentare la confusione normativa già in atto, a maggior ragione se l'art. 4-*bis* si considera applicabile anche alle strutture sanitarie, perché allora ci si troverebbe di fronte a regimi sanzionatori differenti per i medesimi operatori; sì che la confusione trascenderebbe al rango di vero e proprio cortocircuito.

Insomma, l'impressione è che la scelta dell'Esecutivo di procedere a macchia di leopardo – quantunque in parte necessitata dall'evoluzione della pandemia e, soprattutto, dalle divergenze politiche nella maggioranza che sostiene il Governo – abbia reso complicato, per il legislatore *in primis*, inserire i vari provvedimenti adottati in un quadro di sistema organico, coerente e chiaro, condizione questa, tuttavia, imprescindibile per minimizzare il rischio d'ineffettività delle prescrizioni adottate⁵⁹.

5. (segue) Ancora sul d.l. n. 44/2021 e il suo campo di applicazione soggettivo

Chiudo sul punto relativo al campo di applicazione soggettivo dell'obbligo vaccinale con una riflessione che getta un ponte verso la questione dei rapporti fra legislazione emergenziale e legislazione ordinaria.

Quando l'art. 4 del d.l. n. 44/2021 parla di «lavoratore» (comma 8) – ma lo stesso è a dirsi là dove si riferisce al «datore di lavoro» (commi 3, 6, 8, 10) – non sembrerebbe irragionevole ritenere, per i motivi che si diranno, che esso intenda fare propria la corrispondente nozione posta dall'art. 2, comma 1, lett. *a*, del d.lgs. n. 81/2008 (e dall'art. 2, comma 1, lett. *b*, del medesimo decreto), ossia la normativa fondamentale in materia di salute e sicurezza sul lavoro: una nozione ampia, che prescinde dalla tipologia contrattuale utilizzata, facendo, invece, leva sull'inserimento funzionale del soggetto nell'organizzazione, pubblica o privata, di cui il datore di lavoro (per la sicurezza) ha la responsabilità, resa palese dall'esercizio dei poteri decisionali e di spesa⁶⁰. E infatti l'obbligo vaccinale pare operare indipendentemente dalla natura giuridica del rapporto di lavoro, sebbene nel d.l. non manchi qualche ambiguità: ad esempio, proprio con riguardo agli operatori di interesse sanitario, l'art. 4, comma 3, parla di «dipendenti», termine che, nella prospettiva proposta, sarebbe allora da considerare in senso evidentemente atecnico; così come altri passaggi, quale quello relativo all'adibizione a mansioni diverse, tradiscono una particolare attenzione per il lavoro subordinato⁶¹. La

⁵⁹ Stando alle dichiarazioni del Presidente della Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri, risalenti ai primi di settembre, l'80% degli operatori sanitari non vaccinati ancora lavorerebbe, dato che, se confermato, sarebbe oltremodo inquietante.

⁶⁰ Su tali nozioni P. PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza sul lavoro: il Titolo I del d.lgs. n. 81/2008 dopo il Jobs Act*, Fano, Aras Edizioni, 2017, p. 35 ss.; C. LAZZARI, *Figure e poteri datoriali nel diritto della sicurezza sul lavoro*, Milano, Franco Angeli, 2015, p. 18 ss., p. 44 ss.

⁶¹ TAR Friuli Venezia Giulia, sez. I, 10 settembre 2021, n. 261 ritiene che «la disposizione censurata nello specifico (art. 4, comma 8) è riferita al solo personale sanitario dipendente, facendo inequivoco riferimento al potere organizzativo del datore di lavoro e all'impossibilità di assegnare

conclusione, del resto, sembrerebbe indirettamente avvalorata anche dall'art. 4-*bis*, comma 1, del d.l. n. 44/2021, che, per definire i nuovi destinatari dell'obbligo, utilizza la formula molto ampia, e soprattutto non giuridicamente connotata, di «soggetti». Vero è che il successivo comma 3 si riferisce ai «*datori di lavoro* dei soggetti che, a qualunque titolo, svolgono nelle predette strutture attività lavorativa sulla base di contratti esterni», ma ciò non attiene alla qualificazione giuridica del rapporto di lavoro fra la struttura stessa e il prestatore, perché ciò che rileva ai fini della soggezione all'obbligo vaccinale è proprio l'inserimento di quest'ultimo nell'organizzazione altrui e, per conseguenza, l'esposizione al medesimo rischio ambientale⁶².

La nozione di «lavoratore» accolta dal d.lgs. n. 81/2008 comprende altresì una lunga serie di equiparati, tra cui i tirocinanti. Rispetto a questi ultimi, in alcune realtà si è in effetti posto il problema della loro inclusione fra i destinatari dell'obbligo vaccinale, sicché v'è da domandarsi se il recupero della normativa del 2008 possa essere utilizzato anche relativamente al profilo in questione. In proposito, sarebbe stato più che opportuno che la legge di conversione n. 76/2021 avesse sciolto il nodo in modo inequivoco, anche perché è difficile trarre indicazioni univoche dagli ultimi provvedimenti normativi adottati. Se la *ratio* del nuovo art. 4-*bis* milita indubbiamente in senso favorevole, non così la sua lettera, richiedendosi che i soggetti, anche esterni, a cui è imposto l'obbligo svolgano un'«attività lavorativa», mentre lo *stage*, com'è noto, non configura un rapporto di lavoro⁶³. Per altro verso, gli artt. 9-*quinquies* e 9-*septies* del d.l. n. 52/2021, come osservato⁶⁴, estendono l'obbligo di *Green pass* altresì a chi si trova occupato in attività formative nelle pubbliche amministrazioni o nei luoghi di lavoro privati rientranti nel campo di applicazione delle suddette disposizioni. Anche in questo caso, dunque, in una materia contigua a quella dell'obbligo vaccinale, si confermerebbe, su di un piano logico-sistematico, la bontà dell'inclusione; tuttavia, *ubi lex voluit dixit...*

Peraltro, la conclusione circa l'interpretazione della nozione di lavoratore alla luce del d.lgs. n. 81/2008 potrebbe essere suffragata dal fatto che il d.l. n. 44/2021 non appare estraneo alla materia della sicurezza sul lavoro, sembrando fondato

il non vaccinato a mansioni che non implicino un rischio di diffusione del contagio. Essa non è quindi applicabile alla ricorrente...libera professionista...». Resta, tuttavia (e sul punto la citata sentenza non è chiara), che la sospensione dal diritto di svolgere «prestazioni o mansioni che implicano contatti interpersonali o comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2» deriva dall'adozione di uno specifico atto da parte della Asl, la quale accerta l'inottemperanza all'obbligo vaccinale e ne dà immediata comunicazione scritta non solo al datore di lavoro, ma anche all'interessato e all'Ordine professionale di appartenenza, costituendo la vaccinazione, ai sensi dell'art. 4, comma 1, secondo periodo, un «requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative dei soggetti obbligati»: il che, evidentemente, non può non valere anche per il sanitario libero professionista.

⁶² Corsivo mio; invece, risulta più difficile intendere in senso atecnico l'aggettivo «dipendenti» che figura nell'art. 4-*bis*, comma 4: l'associazione espressa al sostantivo «lavoratori» pare, infatti, impedire interpretazioni estensive (v. anche *supra*, § 4).

⁶³ Per tutti, P. PASCUCCI, *Stage e lavoro*, Torino, Giappichelli, 2008.

⁶⁴ V. *supra*, § 1.

ritenere che tale provvedimento abbia previsto una disciplina speciale indubbiamente finalizzata, in via prioritaria, alla tutela della salute pubblica, la quale, però, ingloba implicitamente anche la tutela della salute e sicurezza dei vari soggetti interessati dall'intervento legislativo, così da prescindere, per gli aspetti espressamente regolati (tra cui non figurano definizioni *ad hoc* di «lavoratore» e «datore di lavoro»), dalle previsioni generali del d.lgs. n. 81/2008. Tuttavia, le inevitabili incertezze derivanti dal silenzio legislativo impongono sulla questione dei tirocinanti molta cautela.

6. *Obbligo vaccinale, Green pass e d.lgs. n. 81/2008: disciplina speciale/emergenziale vs disciplina generale*

Il ragionamento, da ultimo svolto, a proposito del rapporto tra d.lgs. n. 81/2008 e d.l. n. 44/2021, ricostruito in termini di *genus a species*, aveva indotto in altra sede⁶⁵ a rilevare come l'introduzione della disciplina di stampo emergenziale⁶⁶ non precludesse, al di fuori del suo ambito di applicazione soggettivo ed oggettivo, l'operatività della normativa generale rappresentata dal d.lgs. n. 81/2008, ferma restando, in questo caso, la sussistenza, in capo al prestatore di lavoro, di una posizione di onere⁶⁷, anziché di obbligo. In altri termini, è vero che il d.l. n. 44/2021 conferma ciò che, a parere di chi scrive, già emergeva dall'ordinamento: ossia la necessità che l'obbligo vaccinale per la generalità dei lavoratori, o solo per alcune categorie, sia posto da una specifica previsione normativa ai sensi dell'art. 32, comma 2, Cost., non essendo altrimenti possibile rinvenire il fondamento giuridico di una pretesa siffatta nei confronti del prestatore di lavoro⁶⁸. Da queste conclusioni, tuttavia, non pareva potersi evincere che, in contesti lavorativi differenti, il rifiuto a vaccinarsi non producesse effetto alcuno, applicandosi solo le misure del Protocollo condiviso del 6 aprile 2021 anche in virtù di quanto sancisce l'art. 29-*bis* del d.l. 8 aprile 2020, n. 23, convertito, con modificazioni, dalla l. 5 giugno 2020, n. 40⁶⁹. Invero, l'opinione che, in linea con la valorizzazione giurisprudenziale dell'art. 2087 c.c. in questa materia⁷⁰, collocava le conseguenze di

⁶⁵ P. PASCUCCI, C. LAZZARI, *Prime considerazioni*, cit., p. 156 ss.

⁶⁶ Parla di una normativa di «carattere eccezionale e derogatorio» TAR Lecce, 5 agosto 2021, n. 480, decr.

⁶⁷ Cfr., da ultimo, C. PISANI, *L'onere vaccinale oltre il personale sanitario e la fattispecie della sospensione del rapporto*, in AA.VV., *Responsabilità ed obblighi*, cit., p. 47 ss.

⁶⁸ Per adeguate argomentazioni, rinvio, in proposito, a P. PASCUCCI, C. LAZZARI, *Prime considerazioni*, cit., p. 153 ss., anche per la ricostruzione del dibattito in materia e i necessari riferimenti bibliografici; sul punto v. altresì V. MAIO, *Licenziamento e vaccino anti Covid-19*, cit., p. 292 ss.

⁶⁹ Sull'art. 29-*bis*, da ultimo, P. PASCUCCI, *Sicurezza sul lavoro e Covid 19. Obblighi e responsabilità del datore di lavoro*, in AA.VV., *Responsabilità ed obblighi*, cit., p. 9 ss., ed ivi per ulteriori riferimenti bibliografici, nonché la relazione di M. PERUZZI al webinar citato, in corso di pubblicazione in questa «Rivista».

⁷⁰ Sul punto *amplius* A. MATTEI, *Obbligo vaccinale*, cit., p. 11 ss.; C. LAZZARI, *Il campo di applicazione*, cit., pp. 31-32.

detto rifiuto nella cornice interpretativa delineata dal d.lgs. n. 81/2008⁷¹ – passando per la verifica dell'idoneità del lavoratore alla mansione specifica ad opera del medico competente – sembrava dotata di sicuro fondamento.

V'è allora da chiedersi se, dopo l'ultimo provvedimento generale sul *Green pass*, ci sia ancora spazio per il citato d.lgs. n. 81/2008, ben inteso relativamente al profilo indicato. In altri termini, occorre interrogarsi se la progressiva estensione dell'uso della certificazione verde all'intero mondo del lavoro abbia prodotto l'effetto di superare l'operatività della normativa in tema di salute e sicurezza sul lavoro con riguardo a detto profilo, così privilegiandosi, da parte del legislatore, una logica di tipo emergenziale rispetto al ricorso agli strumenti giuridici ordinari.

Al quesito pare doversi dare risposta positiva. Invero, il fatto che, pur non essendo di per sé una misura di sicurezza sul lavoro⁷², il *Green pass* favorisca indirettamente l'adozione di una misura che tale è (oltre a essere misura di sanità pubblica), come la vaccinazione anti Covid-19⁷³, sembrerebbe consentire di replicare il ragionamento poc'anzi svolto, nel senso che la normativa speciale prevale sulle regole generali del d.lgs. n. 81/2008. La questione, però, questa volta appare più complessa, atteso che l'equiparazione fra vaccino e tampone, ai fini dell'ottenimento del certificato verde, non risolve il problema della tutela della salute e sicurezza di chi non è vaccinato, evidenziandosi, in proposito, una palese mancanza di dialogo fra sistema generale e legislazione speciale. In tal senso, il dibattito in corso – tutto concentrato sul ricorso al *Green pass* e polarizzato fra chi ne sostiene l'uso e chi lo avversa – sembra non considerare adeguatamente gli strumenti giuridici, certo di uso meno immediato, che l'ordinamento mette a disposizione. Insomma, quantunque i sindacati abbiano espresso una diversa valutazione⁷⁴, a mio avviso il tampone non costituisce una misura di sicurezza sul lavoro, perché non protegge chi lo fa. Si potrebbe allora ritenere che, nel caso della certificazione verde della durata di 48 ore – la quale, sul piano dell'immunizzazione del soggetto possessore, e quindi della tutela della sua salute, si differenzia nettamente dalle altre ipotesi in cui il *Green pass* è rilasciato –, l'esibizione del passaporto sanitario non sia sufficiente per sottrarsi alla visita d'idoneità, perché la

⁷¹ V. soprattutto 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. 81 ss.; P. PASCUCCI, *SARS-CoV-2 e obbligo dei lavoratori di vaccinarsi*, in "Lavoro Diritti Europa", 2021, n. 3, p. 6 ss.; sulla valorizzazione della normativa in tema di sicurezza sul lavoro anche P. ALBI, *L'opinione*, in *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro*, <http://www.rivistalavoro.it/>, 2 febbraio 2021.

⁷² V. anche la Nota del 3 settembre 2021 dell'Associazione Nazionale Medici d'Azienda e Competenti (ANMA), la quale afferma che «il certificato verde non rappresenta una "misura di sicurezza" per il Datore di Lavoro», aggiungendo, però, subito dopo «a meno che non derivi dal reiterato controllo ogni 48h tramite tampone, condizione che riteniamo perlopiù inattuabile»; su questo punto, v. però i dubbi espressi *infra*, nel testo.

⁷³ Per una risposta, molto articolata e ricca di riferimenti alle evidenze scientifiche veicolate dalle competenti autorità pubbliche, alle obiezioni avanzate sull'efficacia e sicurezza del vaccino in questione v. TAR Friuli Venezia Giulia, sez. I, 10 settembre 2021, n. 261.

⁷⁴ Proprio ritenendolo misura di sicurezza sul lavoro, i sindacati hanno a lungo rivendicato tamponi gratuiti per i lavoratori.

finalità del tampone è essenzialmente quella di evitare la propagazione del contagio, mentre la valutazione d'idoneità alla mansione specifica mira a tutelare *in primis* la sicurezza di chi vi è sottoposto? Rispondere positivamente solleverebbe verosimilmente problemi applicativi di non poco momento, temo pure in materia di *privacy*, potendo il *Green pass* essere verificato esclusivamente tramite la app dedicata che non rende visibili i dati sanitari⁷⁵. Sicché, anche per motivi di effettiva praticabilità, in un'ottica di realistica semplificazione della gestione di un istituto oltremodo complicato e divisivo, parrebbe ragionevole ritenere che la normativa speciale prevalga comunque su quella generale. Resta, però, che la disciplina sul *Green pass*, per quanto concepita dal legislatore come autosufficiente, non risulta soddisfacente per tutelare la sicurezza di chi ottiene la certificazione verde in virtù del solo tampone e la cui protezione, allora, non può che essere affidata alle misure dei Protocolli aziendali anti contagio, le quali, tuttavia, non garantiscono la stessa efficacia preventiva e protettiva del vaccino. Il problema potrebbe, quindi, essere risolto dall'introduzione di un obbligo vaccinale, che, tuttavia, almeno al momento, non costituisce una strada percorribile.

Semmai, v'è da chiedersi se uno spazio per il d.lgs. n. 81/2008, nonostante l'utilizzazione sempre più ampia del *Green pass*, possa ritagliarsi con riguardo ai lavoratori a cui le disposizioni ricordate non si applicano in quanto esenti dalla campagna vaccinale, per i quali il regime è quello disposto dalla Circolare del Ministero della Salute 4 agosto 2021, n. 35309, che prevede il rilascio di una certificazione di esenzione dalla vaccinazione, utile a «consentire l'accesso ai servizi e alle attività di cui al comma 1, art. 3, del decreto-legge 23 luglio 2021 n. 105» e dunque, per estensione, anche ai contesti lavorativi⁷⁶. Invero, in questi casi mi pare resti comunque la necessità di una valutazione d'idoneità in rapporto alle mansioni svolte, come conferma, del resto, quanto sancito dall'art. 4 del d.l. n. 44/2021 per gli operatori sanitari che non possono vaccinarsi⁷⁷, a riprova del fatto che la mancata vaccinazione, pur se incolpevole, non esonera il datore di lavoro dall'adozione di misure di sicurezza consequenziali, rilevando lo stato vaccinale sul piano oggettivo della valutazione del rischio⁷⁸. E anche in questo caso il problema della tutela di tali lavoratori non può essere risolto dai tamponi gratuiti previsti sia

⁷⁵ Sul punto, v. anche Cons. Stato, sez. III, 17 settembre 2021, n. 5130.

⁷⁶ Così pure il citato Parere tecnico del Ministero dell'Istruzione sul d.l. n. 111/2021 del 13 agosto 2021, con particolare riferimento «agli edifici destinati alle attività educative, scolastiche».

⁷⁷ Invero, «...in caso di accertato pericolo per la salute, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate, attestate dal medico di medicina generale, la vaccinazione di cui al comma 1 non è obbligatoria e può essere omessa o differita»: art. 4, comma 2; «salvo in ogni caso il disposto dell'articolo 26, commi 2 e 2-bis, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, per il periodo in cui la vaccinazione di cui al comma 1 è omessa o differita e comunque non oltre il 31 dicembre 2021, il datore di lavoro adibisce i soggetti di cui al comma 2 a mansioni anche diverse, senza decurtazione della retribuzione, in modo da evitare il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2»: art. 4, comma 10; tale ultima disposizione è richiamata anche dall'art. 4-bis, comma 4, del d.l. n. 44/2021: v. *supra*, § 4.

⁷⁸ Cfr. P. PASCUCCI, C. LAZZARI, *Prime considerazioni*, cit., pp. 159-160; A. DELOGU, *La rilevanza sotto il profilo oggettivo della mancata vaccinazione dei lavoratori e alcune brevi spigolature sul concetto di idoneità alla mansione*, in "Lavoro Diritti Europa", 2021, n. 3, p. 8 ss.

per la scuola⁷⁹ che dal d.l. n. 127/2021⁸⁰, a maggior ragione trattandosi di soggetti già portatori di serie problematiche di salute. Si potrebbe allora recuperare il d.lgs. n. 81/2008? In considerazione dell'autosufficienza, poc'anzi rilevata, del sistema normativo costruito attorno al *Green pass*⁸¹, tenderei a escluderlo. In questo caso, però, un intervento del legislatore, pur nell'ambito della disciplina emergenziale, sarebbe non solo auspicabile, ma anche possibile.

In conclusione, relativamente alla questione vaccinale, dopo il d.l. n. 127/2021 mi pare che nei contesti lavorativi coesistano in buona sostanza due aree, rette da regimi giuridici differenti, graduati in base a una diversa qualificazione del requisito della vaccinazione: l'area coperta dall'obbligo vaccinale, fondamentalmente coincidente con l'ambito sanitario, socio-sanitario e socio-assistenziale, nella quale essa è requisito essenziale per lo svolgimento della prestazione; e l'area, che abbraccia la restante parte del mondo del lavoro, pubblico e privato, in cui vige l'obbligo di possesso ed esibizione del *Green pass*, nella quale la vaccinazione si configura come requisito non esclusivo per l'accesso ai luoghi di lavoro. Quella che, invece, fino al citato decreto legge, costituiva la terza area, non toccata dalla disciplina speciale/emergenziale e governata, anche con riguardo al profilo indicato, dalle regole ordinarie previste dal d.lgs. n. 81/2008, rispetto alle quali la vaccinazione costituiva un onere per il lavoratore potendo la sua mancanza riflettersi sull'idoneità del medesimo alla mansione specifica⁸², mi pare ormai in via di definitivo superamento una volta che saranno entrate in vigore le ultime disposizioni sul *Green pass*⁸³.

Peraltro, il tentativo di sistemazione testé compiuto non può non fare i conti con l'ipotesi, tutt'altro che peregrina, di situazioni al limite della schizofrenia: si pensi, a titolo meramente esemplificativo, al dipendente di un'impresa di pulizie, già di per sé tenuto, in virtù del d.l. n. 127/2021, al *Green pass*, che, se coinvolto nell'appalto all'interno di una scuola, sarà obbligato (solo) a esibire il certificato verde in suo possesso, magari ottenuto tramite tampone, mentre, se un appalto

⁷⁹ La nota del Ministero dell'Istruzione del 18 agosto 2021, esplicativa del «Protocollo d'intesa per garantire l'avvio dell'anno scolastico nel rispetto delle regole di sicurezza per il contenimento della diffusione di Covid 19 (anno scolastico 2021/2022)» siglato il 14 agosto 2021, precisa che «le scuole potranno utilizzare parte delle risorse assegnate, e in corso di assegnazione, per l'effettuazione tramite le ASL o strutture diagnostiche convenzionate di tamponi nei confronti del solo personale scolastico fragile, dunque esentato dalla vaccinazione».

⁸⁰ Cfr. art. 4, comma 2.

⁸¹ V. anche la citata Nota dell'ANMA, secondo cui «d'intero impianto normativo che regola il *green pass* non nomina mai il MC in nessun punto e per nessun aspetto e tantomeno offre qualche tipo di collegamento con la idoneità/inidoneità del lavoratore».

⁸² Quanto alle conseguenze di un'eventuale inidoneità in tale area, P. PASCUCI, C. LAZZARI, *Prime considerazioni*, cit., p. 161 ss., ove, in virtù di una interpretazione costituzionalmente orientata, si escludeva la possibilità di ricorrere al licenziamento per giustificato motivo oggettivo; diversamente G. PROIA, *L'obbligo di vaccinazione*, cit., pp. 14-15; S. ROZZA, *Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit. La posizione del lavoratore che rifiuta il vaccino e i profili di responsabilità del datore di lavoro*, in questa "Rivista", 2021, n. 1, I, pp. 181-182.

⁸³ Le regole del d.lgs. n. 81/2008 – almeno in punto di diritto, perché si esclude che se ne farà uso nella pratica – possono, infatti, continuare ad applicarsi nelle more dell'operatività dell'obbligo generalizzato di certificazione, la cui entrata in vigore è fissata, dal d.l. n. 127/2021, al 15 ottobre.

contestuale o successivo dovesse condurlo a lavorare in una RSA, sarà soggetto direttamente all'obbligo vaccinale. Ciò che conferma come dall'alluvionale e frammentata produzione legislativa alla quale stiamo assistendo possano derivare cortocircuiti che rischiano di mettere a dura prova la razionalità complessiva del sistema. Ma forse, data la straordinarietà del passaggio storico, di portata epocale, che stiamo vivendo, sarebbe utopico aspettarsi qualcosa di diverso.

7. Appendice

Successivamente allo svolgimento del webinar che ha costituito l'occasione per l'elaborazione del presente contributo, e nelle more della pubblicazione del medesimo, sulla Gazzetta Ufficiale n. 235 del 1° ottobre 2021 è apparsa la legge 24 settembre 2021, n. 133, di conversione, con modificazioni, del citato d.l. n. 111/2021, la quale, con l'art. 1, comma 2, abroga il menzionato d.l. n. 122/2021 (fatti comunque salvi gli atti e i provvedimenti adottati, gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti sulla base dello stesso), le cui previsioni sono state assorbite nel testo del decreto legge convertito⁸⁴.

Nell'impossibilità di procedere a un esame dettagliato del provvedimento, assai complesso, che ne risulta, ai fini che qui interessano, tra le molte novità introdotte in sede di conversione, oltre alla durata del tampone molecolare portata a 72 ore, all'ampliamento dell'elenco dei mezzi di trasporto *ex art. 9-quater* del d.l. n. 52/2021 per accedere ai quali è richiesto il *Green pass* e all'inclusione anche del personale delle scuole non paritarie fra quello a cui si applica l'art. 9-ter del d.l. n. 52/2021⁸⁵, merita in particolare segnalare un paio di modifiche che riguardano i lavoratori interessati da quest'ultima disposizione e, di riflesso, dal vecchio art. 9-ter.1 del d.l. n. 52/2021 (ora art. 9-ter, comma 1-bis). Da un lato, vale rilevare la precisazione, già formulata in via interpretativa dal Ministero dell'Istruzione⁸⁶ e ora codificata, giusta la quale l'assenza ingiustificata, conseguente alla violazione dell'obbligo di possesso ed esibizione del *Green pass* di cui all'art. 9-ter, comma 1, non dà diritto alla corresponsione della retribuzione né di altro compenso o emolumento, comunque denominato⁸⁷, sul modello di quanto stabilito dal d.l. n. 127/2021. Dall'altro lato, proprio riecheggiando in parte le previsioni introdotte da quest'ultimo provvedimento a proposito delle imprese con meno di 15 dipendenti⁸⁸, si dispone che «a decorrere dal quinto giorno di assenza ingiustificata il rapporto di lavoro è sospeso» e «la sospensione mantiene efficacia fino al conseguimento della condizione di cui al comma 1» testé ricordato, «e alla scadenza

⁸⁴ Su tali decreti v. *supra*, § 1.

⁸⁵ Cfr., rispettivamente, gli artt. 01, 2 e 1, comma 6, del d.l. n. 111/2021 nel testo coordinato con le modifiche apportate in sede di conversione.

⁸⁶ V. *supra*, nota 9.

⁸⁷ V. il nuovo art. 9-ter, comma 2, del d.l. n. 52/2021.

⁸⁸ V. *supra*, § 1.

del contratto attribuito per la sostituzione che non supera i quindici giorni»⁸⁹, così confermandosi l'evidenziato disallineamento⁹⁰, rispetto alla regolamentazione generale del d.l. n. 127/2021, della disciplina adottata per il personale scolastico/universitario ed equiparato, che pure ha aperto la strada all'uso del *Green pass* nei contesti lavorativi.

Quanto all'art. 4-*bis* del d.l. n. 44/2021 (inserito dal d.l. n. 122/2021, e oggi dal nuovo art. 2-*bis* del d.l. n. 111/2021), alle strutture di cui all'art. 1-*bis* del medesimo d.l. n. 44/2021⁹¹, per l'accesso alle quali è richiesto il *Green pass*, in sede di conversione sono state aggiunte quelle «semiresidenziali e le strutture che, a qualsiasi titolo, ospitano persone in situazione di fragilità»: ne deriva che, quantunque il richiamo puro e semplice alle strutture sanitarie di cui parla l'art. 4 del d.l. n. 44/2021 sarebbe stato più chiaro e lineare, il dubbio espresso sull'eventuale esclusione, del tutto irragionevole, degli ospedali dal campo di applicazione oggettivo dell'art. 4-*bis* sembrerebbe comunque superato. Peraltro, come si accennava⁹², nel momento in cui parrebbe potersi affermare la coincidenza fra detto ambito applicativo e quello dell'art. 4 resta da capire in che relazione stia il diverso sistema sanzionatorio disposto – sotto il profilo dei riflessi sul rapporto di lavoro – per soggetti che in parte sono gli stessi.

Insomma, si conferma il ricorso a una tecnica legislativa che, procedendo lungo la strada della progressiva estensione della certificazione verde essenzialmente per modifiche/integrazioni/interpolazioni di disposizioni e provvedimenti precedenti, ha finito con il produrre testi normativi di lettura assai problematica e interpretazione altrettanto complessa, con il (concreto) rischio, già segnalato, che essere e dover essere possano divergere sensibilmente.

Tale tecnica caratterizza anche l'ultimo (per ora) intervento adottato, ossia il d.l. 8 ottobre 2021, n. 139, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale 8 ottobre 2021, n. 241, il quale, con l'art. 3, aggiunge un nuovo art. 9-*octies* al d.l. n. 52/2021, disponendo 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». Se non altro, con riguardo a un profilo problematico per l'addietro segnalato⁹³, ossia quello relativo alla comunicazione, da parte del lavoratore, di non possesso del *Green pass*, rispetto alla quale non era certo che la stessa potesse assumere le caratteristiche di un'informazione richiesta dal datore di lavoro in via preventiva e generale al fine di meglio organizzare la propria attività, almeno un po' di chiarezza è stata fatta.

⁸⁹ V. il nuovo art. 9-*ter*, comma 2, del d.l. n. 52/2021.

⁹⁰ V. *supra*, § 1.

⁹¹ V. *supra* § 4.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ V. *supra*, § 1.

Abstract

Il saggio propone una riflessione in tema di obbligo vaccinale e obbligo di Green pass nel rapporto di lavoro, cercando, da un lato, di dipanare alcune delle principali questioni interpretative poste dall'intricata normativa sedimentatasi in materia e, dall'altro, di approfondire la problematica relazione fra disciplina emergenziale e disciplina ordinaria di prevenzione nei luoghi di lavoro.

The essay focuses on the subject of vaccination obligation and Green pass obligation within the employment relationship, trying, on the one hand, to unravel some of the main interpretative questions raised by the complex legislation in the field and, on the other, to look into the problematic relationship between emergency and ordinary discipline on prevention in the workplace.

Parole chiave

Covid-19, obbligo vaccinale, Green pass, salute e sicurezza sul lavoro

Keywords

Covid-19, vaccination obligation, Green pass, health and safety at work