

Dibattito istantaneo su vaccini anti-Covid e rapporto di lavoro

promosso da **Oronzo Mazzotta**

su *Labor* - Il lavoro nel diritto www.rivistalabor.it (22 gennaio- 23 febbraio 2021)¹

**L'opinione di
Aldo De Matteis**

I trattamenti sanitari nelle obbligazioni contrattuali. A proposito di vaccino anti-Covid.

Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi

Virus, stato di eccezione e scelte tragiche.

**Le politiche del lavoro, economiche e sociali e la tutela dei diritti
fondamentali nei tempi incerti dell'emergenza sanitaria e della crisi.**

La costruzione di un nuovo diritto del lavoro.

Conversazioni sul lavoro a distanza

da agosto 2020 a marzo 2021

promosse e coordinate da **Vincenzo Antonio Poso**

Gruppo delle Conversazioni sul lavoro del Convento di San Cerbone



¹ Il dibattito è da intendersi come astrattamente ancora aperto.



Toshio Enomoto, *Arlequin*

Aldo De Matteis

I trattamenti sanitari nelle obbligazioni contrattuali. A proposito di vaccino anti-Covid.

* aggiornato al 27 febbraio 2021

** Testo rielaborato, in alcuni paragrafi, rispetto a quello pubblicato il 23 febbraio 2021 su *Labor* – Il lavoro nel diritto- www.rivistalabor.it

SOMMARIO: 1. L'impostazione del problema. - 2. Gli argomenti dottrinali in favore dell'onere di vaccinazione nei rapporti contrattuali; le specificità del rapporto di lavoro. - 3. L'orientamento contrario. Pregi e difetti. - 4. La giurisprudenza costituzionale sulla valenza multidirezionale dell'art. 32; la identità funzionale tra obbligo e raccomandazione. - 5. L'approccio civilistico; la raccomandazione quale canone di prudenza e diligenza nei rapporti contrattuali. - 6. L'identità di nozione di rischio di contagio ai fini infortunistici e della responsabilità civile. Il rischio elettivo - 7. Conseguenze della nozione di rischio ubiquo in caso di rifiuto di vaccinazione.

1. L'impostazione del problema.

L'approccio di questo scritto è come quello di un giudice che non può aspettare Godot, ma ha il dovere di dare una risposta al caso concreto sottopostogli, con gli attrezzi normativi disponibili, in presenza di indicazioni legislative che appaiono in contraddizione irrisolvibile²: da una parte l'obbligo del datore di lavoro, penalmente sanzionato, di assicurare le condizioni di massima sicurezza sul lavoro, dall'altra la libertà del lavoratore di vaccinarsi o no, anche in assenza di indicazioni terapeutiche contrarie.

La nostra indicazione metodologica è che, come la singola norma, così anche la trama normativa che si esporrà vada interpretata nel suo complesso, secondo un canone teleologico costruttivo e costituzionalmente orientato, che consenta la realizzazione dei plurimi obiettivi di tutela individuale e collettiva dell'art. 32, coniugato con gli altri valori costituzionali, ivi compresi i *doveri* di solidarietà sociale pretesi dall'art. 2 Cost., ed impliciti anche nell'art. 32 (vedi giur. cit. a nota 11 e 16).

Partiamo dunque dalla necessità della risposta, e cioè dall'obbligo del datore di lavoro, penalmente sanzionato, di garantire la massima sicurezza sul luogo di lavoro contro la infezione da coronavirus, o

² ALBI P., *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid nel rapporto di lavoro*, in *Rivista Labor* 2 febbraio 2021.

l'analogo obbligo del titolare di un supermercato di garantire la salubrità dell'ambiente contrattuale in cui operano i suoi clienti.

Sono noti gli argomenti di autorevoli studiosi, riassunti al paragrafo successivo, i quali sostengono che è possibile configurare un onere contrattuale di sottoporsi al vaccino, sulla base della trama normativa esistente, nella quale individuano la disposizione attuativa della riserva di legge dell'art. 32 cost.

Altri studiosi, non meno autorevoli, e più numerosi, ritengono che nessuna delle norme invocate abbia quel carattere di comando specifico ed espresso richiesto dall'art. 32 della costituzione, per il quale nessuno può essere obbligato a trattamenti sanitari se non in base a una legge³.

Non è dubbio che il vaccino costituisca un trattamento sanitario di carattere preventivo⁴.

Anticipando le conclusioni, noi riteniamo che la ricerca possa seguire un percorso diverso, e cioè quali siano i limiti per la legittimità di clausole contrattuali relative a trattamenti sanitari, alla luce della giurisprudenza costituzionale sulla portata dell'art. 32, anche in difetto di una norma che sancisca in modo espresso la obbligatorietà del vaccino.

2. Gli argomenti dottrinali in favore dell'onere di vaccinazione nei rapporti contrattuali; le specificità del rapporto di lavoro.

Gli argomenti con i quali autorevoli studiosi, accademici e magistrati, sostengono che vi è un onere contrattuale del dipendente di vaccinarsi, sono basati sulla seguente trama normativa, complessivamente considerata⁵:

1. l'art. 2087 c.c., costituendo una norma aperta, impone al datore di lavoro di adottare anche quelle misure preventive che la scienza, l'esperienza e la tecnica dovessero scoprire e suggerire dopo la firma

³ MAZZOTTA O., *Vaccino anti-Covid e rapporto di lavoro*, in *LavoroDirittiEuropa*, n. 1/2021; A.PERULLI, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro*, in *Labor on-line*, 27.1.2021; nonché gli altri Autori nel medesimo sito della Rivista Labor e nella ampia rassegna di IERVOLINO P., *Vaccinazione e pandemia tra diritto ed etica*, anticipato dalle *Conversazioni di San Cerbone*, di prossima pubblicazione su LPO come e-book *Vaccinazione e rapporto di lavoro*.

⁴ Risulta acquisito, nella attuale dottrina costituzionalistica, che la nozione di trattamenti sanitari comprende sia gli accertamenti sanitari caratterizzati da una finalità diagnostica, come ad es. i tamponi, sia i trattamenti sanitari curativi in senso stretto, cui i primi sono propedeutici e funzionali; entrambi accomunati dalla finalità di tutela della salute, senza che abbiano alcun valore discriminatorio la incidenza dell'intervento sull'organismo del paziente, la sua istantaneità, durata, grado di violenza esterna (NEGRONI A.A., *Sul concetto di trattamento sanitario obbligatorio*, in *Rivista italiana dei costituzionalisti*, 26.11.2017). Rientrano anche l'idratazione e alimentazione artificiali (Cass. 16 ottobre 2007 n. 21748 sul c.d. caso Englaro), la medicina preventiva e, quindi, anche i vaccini, che di per sé non hanno finalità diagnostica, né curativa di una malattia in atto, bensì di prevenzione della stessa.

⁵ ICHINO P., *Perché e come l'obbligo di vaccinazione può nascere anche solo da un contratto di diritto privato*, in *LavoroDirittiEuropa*, 1/2021; RIVERSO R., *L'obbligo di vaccino anti Covid nel rapporto di lavoro tra principio di prevenzione e principio di solidarietà*, in *Questionegiustizia*, 18/1/2021; GUARINIELLO R., *Covid-19: l'azienda può obbligare i lavoratori a vaccinarsi?*, in www.ipsoa.it 28.12.2020; POSO V.A., *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro*, in *Labor online*, 27.1.2021; DE ANGELIS L., *Ragionando a caldo su vaccinazioni e rapporto di lavoro*, in *Labor online*.

dei protocolli, i quali erano esaustivi nel momento in cui sono stati emanati; trovato il vaccino, questo rientra nella previsione dinamica dell'art. 2087;

2. Tale conclusione è rafforzata dall'art. 279 del t.u. sulla sicurezza d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, il quale fa obbligo al datore di lavoro di tenere a disposizione vaccini *efficaci* per quei lavoratori che non siano immuni all'agente biologico presente nella lavorazione, *da somministrare* a cura del medico competente. È stato puntualmente osservato che la norma non parla di vaccini obbligatori, bensì di vaccini efficaci⁶. In ogni caso gli eventuali dubbi ermeneutici sono ora risolti dalla direttiva europea che include espressamente il SARS-CoV-2 tra gli agenti biologici da cui è obbligatoria la protezione, recepita dalla legge italiana⁷;

3. L'art. 20 del medesimo t.u. istituisce una correlazione tra obblighi del datore e quelli del lavoratore disponendo che: "Ogni lavoratore deve prendersi cura della propria salute e sicurezza e di quella delle *altre persone* presenti sul luogo del lavoro, su cui ricadono gli effetti delle sue azioni o *omissioni*, conformemente alla sua formazione, alle istruzioni e ai mezzi forniti dal datore di lavoro";

4. L'art. 42, comma 2, del d.l. n. 18/2020 convertito nella legge n. 27/2020, nel ribadire la qualificazione della infezione da coronavirus per causa lavorativa come infortunio sul lavoro, secondo la nostra tradizione sistemica, espone il datore di lavoro a tutti gli obblighi di prevenzione ed alle responsabilità previste dalla legislazione sulla sicurezza sul lavoro.

3. L'orientamento contrario. Pregi e difetti.

Come cennato, l'orientamento contrario ritiene che nessuna di queste norme sia dotata di quel carattere di obbligatorietà espressa del trattamento sanitario richiesto dall'articolo 32; ne consegue che il datore non può pretendere che il proprio dipendente si vaccini, e che il problema è irrisolvibile senza un intervento del legislatore. Si tratta di una posizione di tutto rispetto, sostenuta da Autori di grande autorevolezza, e che trova riscontro nel pensiero giuridico europeo dominante, focalizzato sulla tutela prioritaria dei diritti fondamentali dell'individuo, espresso in numerosi testi, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, c.d. Carta di Nizza⁸, alla recente Risoluzione dell'Assemblea parlamentare dell'Unione europea del 27 gennaio 2021, che opta per la non obbligatorietà del vaccino anti covid e per la non discriminazione verso i renitenti.

⁶ RIVERSO cit.

⁷ Direttiva UE della Commissione 3 giugno 2020 n. 2020/739, recepita in Italia con l'art. 4 d.l. 7 ottobre 2020 n. 125, conv. in l. 27 novembre 2020 n. 159.

⁸ In quanto proclamata una prima volta il 7 dicembre 2000 a Nizza, ratificata in Italia con Legge 11 maggio 2002 n. 102, e modificata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, da Parlamento, Consiglio e Commissione.

In effetti nessuno Stato europeo ha adottato il criterio della obbligatorietà espressa. Solo, a quanto risulta, entità sub statali, come la regione Puglia o la Comunidad Autonoma di Galizia ⁹, in entrambi i casi con forti resistenze e sospetti di contrarietà a norme sovraordinate; senza però che la mancanza di un precetto espresso abbia impedito nella vicina Germania il licenziamento di sette infermieri no vax, salvi gli eventuali sviluppi giudiziari.

Tuttavia anche questi Autori non possono negare l'evidenza che i sanitari non vaccinati costituiscono un rischio per se stessi, per i colleghi, e soprattutto, per gli assistiti affidati alla loro cura, tutti soggetti della cui sicurezza il datore di lavoro è responsabile, in stridente contrasto con la stessa mansione e funzione cui sono preposti. Ritengono pertanto che, limitatamente a questa categoria professionale, possa configurarsi un obbligo di vaccino, la cui inottemperanza può produrre conseguenze varie, temporanee o anche definitive, a seconda della struttura aziendale e della loro utilizzabilità nel tempo.

E questo, a nostro avviso, costituisce il punto di maggiore debolezza di tale orientamento, perché ammette una conclusione, l'obbligo di vaccino, non coerente con le premesse, necessità di una norma espressa, che nella specie manca.

In secondo luogo nutriamo dubbi sulla difesa unilaterale dei diritti individuali. Nel nostro ordinamento, come in quello comunitario, vige il principio del bilanciamento dei diritti fondamentali, i quali, benché assoluti, possono essere limitati ai fini della salvaguardia di altri valori costituzionali ¹⁰, secondo un test di proporzionalità. Nessun dubbio che la scelta di vaccinarsi o meno costituisca un diritto fondamentale, ma la Carta di Nizza pone al primo posto, come diritto fondamentale, il diritto alla vita, minacciato dalla pandemia. Di questo stiamo discutendo, e questo è l'obiettivo della nostra ricerca interpretativa: come contenere la pandemia e salvare così vite umane.

Viene invocata, in ultima analisi, la legge morale ¹¹, ma per i giuristi la legge morale sono i principi etici che ispirano la Costituzione, i quali fungono da canone ermeneutico.

4. La giurisprudenza costituzionale sulla valenza multidirezionale dell'art. 32; la identità funzionale tra obbligo e raccomandazione.

⁹ Sulla illegittimità della legge regione Puglia 19 giugno 2018 n. 27 istitutiva di un obbligo di vaccino per i sanitari vedi Corte cost. 6 giugno 2019 n. 137; sulla legge gallega vedi quotidiano El País, 23-2-2021 e gli altri media del giorno; la legge è stata approvata con il voto della maggioranza locale del partito popolare, il voto contrario delle opposizioni, ed il parere contrario del Governo centrale. Commentatori qualificati hanno rilevato che vi sono modi diversi dalla sanzione amministrativa per raggiungere il medesimo risultato, come porre l'avvenuta vaccinazione quale condizione contrattuale per determinati servizi.

¹⁰ Ad es. Reg. Unione europea 2016/679, sul trattamento dei dati personali, considerando n. 4, secondo cui il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va temperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità. E' grazie a questo bilanciamento che un Paese di cultura occidentale, Israele, ha potuto effettuare la vaccinazione di massa e sconfiggere così la pandemia, effettuando uno scambio: vaccini contro dati, e cioè privilegiando il bene della salute collettiva rispetto al diritto alla riservatezza.

¹¹ IERVOLINO cit.

L'art. 32, nella parte in cui dispone che nessuno può essere obbligato a sottoporsi a trattamenti sanitari se non per disposizione di legge, si rivolge in primo luogo alle autorità amministrative e sanitarie, dotate di potere impositivo. Nei rapporti interprivati, connotati dalla posizione paritaria delle parti, un potere della parte di richiedere (non imporre) un trattamento sanitario va scrutinato nell'ambito delle obbligazioni contrattuali, in relazione all'oggetto ed alle peculiarità del rapporto. Il quesito è: può il titolare di un negozio, con unico dipendente a contatto con il pubblico, pretendere, per la continuità del rapporto, che questi, ad es., si doti di una protesi acustica indispensabile per la ipoacusia sopravvenuta? Né si può sostenere che in tal modo si introduca surrettiziamente un obbligo di vaccinazione, contro il divieto dell'art. 32, perché nessuna norma costituzionale impone di contrattare con una parte che costituisca un rischio per la sicurezza e fonte di obbligazioni penalmente sanzionate, o inadatta alla mansione, salva la tematica delle assunzioni obbligatorie.

Ci aiuta in questa ricerca la giurisprudenza costituzionale relativa all'articolo 32.

La Corte ha enunciato in merito i seguenti principi:

- la salute costituisce un diritto fondamentale della persona, che opera, ai sensi dell'art. 32, sia in ambito pubblicistico sia nei rapporti di diritto privato, e quindi anche della salute propria;
- il precetto dell'art. 32 non si esaurisce nella tutela di posizioni attive pretensive, ma postula il necessario contemperamento del diritto alla salute del singolo (anche nel suo contenuto di libertà di cura) *con il coesistente e reciproco diritto degli altri* e con l'interesse della collettività¹², e quindi implica il *dovere* dell'individuo di non ledere né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui e gli interessi essenziali della comunità;
- da questo contemperamento dei diritti alla salute di ciascun individuo deriva la legittimità di un *onere* a carico del lavoratore di accertamenti sanitari preventivi per poter svolgere determinate attività, che il legislatore deve imporre, nella forma o dell'obbligo o della raccomandazione¹³. Esplicita al riguardo la sent. 218/1994, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell' art. 5, terzo e quinto comma, della legge 5 giugno 1990, n.135 (Programma di interventi urgenti per la prevenzione e la lotta contro l'AIDS, che non prevedeva l'obbligatorietà del vaccino), per contrasto con l'art. 32 Cost., nella parte in cui non prevede accertamenti sanitari dell'assenza di sieropositività all'infezione da HIV come condizione per l'espletamento di attività che comportino rischi per la salute dei terzi. La pronuncia è di estremo interesse,

¹² da ultimo ord. 5/2018, riepilogativa della giurisprudenza della Corte in tema di vaccinazioni.

¹³ La Corte ha così risolto, nel senso auspicato dal giudice remittente, il caso di una infermiera che si opponeva al provvedimento di sospensione per essersi rifiutata di sottoporsi ad accertamenti anti infezione HIV; per la valorizzazione della categoria dell'onere per risolvere il conflitto tra diritto individuale ed interesse della collettività nell'art. 32 vedi C.CESTER, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro*, in *Labor*, n. 6/2020, 27.1.2021.

perché fa discendere la legittimità dell'imposizione di accertamenti sanitari non da una norma esistente di diritto positivo, ma dalla necessità sistematica della sua esistenza, derivante dall'art. 32 Cost.

Da quanto precede risulta che l'art. 32 copre con il suo mantello anche il diritto alla salute propria, e di tutti coloro, parti contrattuali, dipendenti, terzi, della cui salute un soggetto sia responsabile. Costituisce dunque attuazione dell'art. 32 anche l'art. 2087 cod.civ.

Ci aiuta altresì la giurisprudenza costituzionale sulle modalità con cui l'indicazione sul trattamento sanitario si può esprimere, ed in particolare sul valore della raccomandazione.

Il comando di legge può assumere il carattere di un obbligo coercibile, come nel caso dei trattamenti sanitari obbligatori per malattia mentale¹⁴, ma più spesso prende la forma di una condizione posta per l'esercizio di altri diritti fondamentali, come ad es. quelli allo studio¹⁵.

Anche la dottrina infortunistica ha qualificato in passato come *onere* la imposizione al lavoratore assicurato di sottoporsi a determinati trattamenti sanitari diretti a ridurre la inabilità, quale condizione per godere di prestazioni previdenziali¹⁶, e non come obbligo assoluto.

La giurisprudenza costituzionale ha valorizzato una terza modalità: la raccomandazione, i cui effetti ha parificato a quelli dell'obbligo esplicito. Come spiegato in numerose sentenze¹⁷, l'obbligatorietà e la raccomandazione, pur costituendo due tecniche legislative diverse, obbediscono a un medesimo obiettivo, la migliore realizzazione dell'art. 32 Cost. nella sua valenza di tutela della salute come interesse collettivo; non vi è differenza qualitativa tra obbligo e raccomandazione; la vaccinazione in adempimento di ciascuna delle due modalità realizza il *dovere di solidarietà* implicito nell'art. 32 ed impone allo Stato la medesima tutela in caso di complicità. Queste due modalità costituiscono delle scelte opportunistiche, nel senso che sono dirette al medesimo obiettivo di tutela della salute secondo valutazioni contingenti, e possono mutare tra di loro, in senso più o meno cogente, a seconda delle situazioni e della risposta collettiva alla misura in concreto adottata. Potremmo dire che la raccomandazione rappresenta lo stadio evolutivo di un processo culturale tendente a valorizzare la collaborazione del cittadino rispetto alle precedenti modalità autoritarie.

E non è dubbio che nel caso in esame il legislatore, con numerose disposizioni di legge, ha raccomandato caldamente il vaccino anti-covid¹⁸.

¹⁴ L. 13 maggio 1978, n.180 (Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori).

¹⁵ D.l. 7 giugno 2017, conv. in legge 31 luglio 2017 n. 119, che nel rendere obbligatorie dieci vaccinazioni, le pone come condizione per l'accesso alle scuole dell'infanzia; l'art. 4 d.p.r. 7 settembre 1965 n. 1301 pone la vaccinazione antitetanica come condizione per l'affiliazione alle associazioni sportive.

¹⁶ ALIBRANDI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, ed. 1994, 601, in relazione alle disposizioni di cui agli artt. 87, 89, 91 e 136 t.u. 1124/1965.

¹⁷ da ultimo 23 giugno 2020 n. 118; in precedenza sentenze 5/2018, 268/2017, 107/2012.

¹⁸ La legge 30 dicembre 2020 n. 178 (legge di bilancio 2021) dedica numerose disposizioni, a partire dal comma 457, al piano strategico nazionale dei vaccini, e detta misure di carattere amministrativo per la sua attuazione capillare, ma senza sancire l'obbligo individuale di vaccinazione.

Specularmente, il cittadino può fidare sul contenuto della raccomandazione, quale trattamento sanitario prioritario per la tutela della salute individuale e collettiva.

5. L'approccio civilistico; la raccomandazione quale canone di prudenza e diligenza nei rapporti contrattuali.

Occorre dunque operare una doppia distinzione: a) la sfera collettiva dell'art. 32, per la quale basta al legislatore una "diffusione sufficiente alla efficacia del vaccino", e cioè raggiungere la famosa immunità di gregge, e la sua sfera individuale, nella quale deve essere garantita la salute di ciascuna persona, anche nei rapporti interprivati, e per la quale giocano i diritti, obblighi e responsabilità del sistema civilistico; b) la sfera di libertà del soggetto che, per suoi insindacabili motivi, non intenda vaccinarsi, in mancanza di una espressa disposizione di legge, e la corrispondente sfera di libertà di chi non intenda subire le conseguenze sulla propria salute e sulle proprie obbligazioni verso terzi di tale scelta, ed entrare in rapporti contrattuali con il primo ("coesistente e reciproco diritto degli altri" secondo la giurisprudenza costituzionale).

Non vi è perciò corrispondenza tra obbligo di vaccino ed aspetti privatistici del rapporto. Né si può far dipendere la regolazione duratura di questi dalle scelte opportunistiche, nel senso illustrato sopra, del legislatore.

Come cennato, e come riconosciuto dalla dottrina¹⁹, anche l'esercizio di un diritto fondamentale può essere limitato; ma occorre spiegare da dove derivi il potere della controparte contrattuale di richiedere una limitazione siffatta. Il più delle volte è una norma di legge che conferisce tale potere, come ad es. il potere direttivo e disciplinare del datore di lavoro (artt. 2094, 2105, 2106 c.c.), l'obbligo di indossare la mascherina, quale dispositivo di protezione individuale ed altrui (da ultimo d.l. 14 gennaio 2021 n. 2) etc. Viene invocato anche il canone della ragionevolezza. A noi sembra che il più sicuro fondamento della pretesa di una parte contrattuale affinché la controparte sia immune da covid-19, in un rapporto di durata che possa esporre al contagio, sia costituito dal valore civilistico della raccomandazione, per l'autorità da cui promana e per l'intento comunitario che persegue, quale integrativa di quel canone di prudenza, diligenza e rispetto della controparte richiesto nei rapporti contrattuali (artt. 1176 e 2104 cod.civ.). Ci sembra in tale modo di ricondurre tutto ad un principio di responsabilità personale. Non qualsiasi pretesa della parte, pur relativa alla sicurezza, ma sicuramente quella che sia fondata su una base ordinamentale tanto solida.

E' la ragione per cui alcune compagnie di trasporto aereo hanno annunciato l'intenzione, senza che siano state sollevate obiezioni, di accettare solo passeggeri con certificato di vaccinazione; d'altra parte

¹⁹ ICHINO cit.

alcuni Stati, al fine di incrementare l'industria nazionale del turismo, intendono aprire le frontiere a chiunque possa dimostrare di essersi sottoposto volontariamente al vaccino, misura che sembra aver trovato un accordo di massima in sede europea, superando così le riserve di chi intravedeva anche nel c.d. passaporto vaccinale profili discriminatori.

6. L'identità di nozione di rischio di contagio ai fini infortunistici e della responsabilità civile. Il rischio elettivo.

Nel rapporto di lavoro la nozione di rischio è unitaria, ai fini infortunistici, degli obblighi di prevenzione e della responsabilità.

Ma se così è, se tutto ruota intorno al rischio ²⁰, individuale e collettivo, è giocoforza rifarsi alla scala presuntiva di rischio elaborata dall'Inail in varie sedi, in maniera costante e coerente, e specificamente nella circolare 3 aprile 2020 n. 13 ²¹, stante la stretta correlazione tra responsabilità e qualificazione dell'evento come infortunio.

Si parte dall'art. 42, comma 2, d.l. 17 marzo 2020 n. 18, conv. in l. 24 aprile 2020 n. 27, che, fedele alla nostra storia sistemica, qualifica la infezione da coronavirus in occasione di lavoro come infortunio sul lavoro.

Su questa solida e specifica base legislativa, e su quella giurisprudenziale circa la nozione di occasione di lavoro e di rischio generico aggravato ²², l'Inail ha costruito un sistema di tutela molto ampio, secondo una scala presuntiva, basata sul criterio probabilistico battezzato dalla Corte di legittimità, applicandolo alle diverse categorie di lavoratori, situazioni lavorative ed equiparate, con l'ausilio di un unico strumento concettuale: il diverso aggravamento del rischio pandemico, e cioè esterno, per cause lavorative:

a) per gli *operatori sanitari* l'Inail ritiene, in continuità con la circ. 23 novembre 1995 n. 74, che vi sia una *elevatissima* probabilità che gli stessi vengano a contatto con il coronavirus, indipendentemente dal reparto in cui operano. Quindi, specularmente, elevatissima è la probabilità che questi infettino altri soggetti, come i ricoverati ed i colleghi, della cui salute pure la struttura sanitaria è responsabile.

b) agli operatori sanitari vanno assimilati i lavoratori in costante contatto con il pubblico, dato l'*elevato* rischio di contagio: lavoratori che operano in *front-office*, alla cassa, addetti alle vendite, banconisti,

²⁰ RIVERSO cit.

²¹ sulla quale vedi CORSALINI G., *L'INAIL e il Covid-19*, in RDSS, II, 2020, 365; DE MATTEIS A., *Le infezioni da coronavirus come infortunio sul lavoro: le specialità della tutela italiana*, ivi, III, 643.

²² La giurisprudenza di legittimità, partita dall'affermazione che non basta il nesso spaziale e temporale, dovendo il lavoratore provare il nesso funzionale con il lavoro, è oggi pervenuta, con l'impulso della dottrina, e conformemente a legislazioni straniere, a statuire che l'infortunio avvenuto durante il lavoro si presume per causa lavorativa, salvo prova contraria; unico limite: il rischio elettivo. Sul tema ci sia consentito a rinviare a DE MATTEIS, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Milano 2020, 111 segg.

personale non sanitario operante all'interno degli ospedali con mansioni tecniche di supporto, di pulizia, operatori del trasporto infermi, etc.;

c) altri lavoratori, non esemplificati, cui si possa applicare la stessa presunzione semplice di contagio. La FAQ (*Frequently Asked Questions*) Inail del 10.4.2020 menziona ancora, sempre a titolo esemplificativo, gli operatori delle Residenze sanitarie assistenziali (RSA) ed i tassisti. Nella stessa *ratio* si possono far rientrare le addette alla pulizia negli studi medici, e simili;

d) lo stesso strumento presuntivo l'Inail ha applicato all' infortunio in *itineris*: nel mezzo di trasporto pubblico il rischio di contagio è più elevato, trattandosi di ambiente confinato con più persone. La conseguenza è duplice: da una parte ai lavoratori che si avvalgano del trasporto pubblico si applica la presunzione di origine professionale, anche se non appartenenti alle categorie professionali esemplificate sopra; dall'altra l'uso del mezzo privato costituisce in questa fase pandemica una ulteriore ipotesi di mezzo necessitato.

Il quadro ricostruttivo operato dall'istituto assicuratore garantisce una copertura significativa, a nostro avviso più ampia di altri Paesi, sul piano soggettivo e soprattutto probatorio ²³.

Esso procede per categorie professionali (gli infermieri ospedalieri, le commesse di supermercato, etc.); è la mera appartenenza ad una di queste che fa scattare la presunzione di origine professionale. Esso è però aperto agli "altri lavoratori, non esemplificati, cui si possa applicare la stessa presunzione semplice di contagio", e si conclude con qualsiasi lavoratore che vada al lavoro con mezzi pubblici, indipendentemente dalle modalità della prestazione lavorativa.

Concludendo su questo punto, noi riteniamo che in tutti i casi in cui il datore di lavoro può pretendere l'osservanza delle misure di prevenzione stabilite dai protocolli, può pretendere altresì, ai sensi dell'art. 2087 c.c., l'osservanza della misura risolutiva successivamente emersa del vaccino, prevista dall'art. 279 t.u. sicurezza, come integrato dalla l. 159/2020, salvi i casi di rifiuto giustificato da ragioni sanitarie. Sarebbe invero bizzarro escludere lo strumento principe sopravvenuto, il vaccino, dalle misure obbligatorie quando il vaccino non c'era.

Quanto alle obiezioni relative a tali norme, ci sembrano pertinenti le osservazioni della dottrina citata al par. 2. Per quanto riguarda la mancata inclusione del vaccino nelle misure di prevenzione indicate nei protocolli condivisi, il ricordo va alla vicenda dei codici disciplinari stabiliti dagli accordi e contratti di lavoro, richiesti dall'art. 7 dello statuto dei lavoratori per delimitare il potere disciplinare previsto dall'art. 2106 codice civile. La giurisprudenza non ha avuto esitazioni a dichiarare la legittimità di licenziamenti motivati da comportamenti lesivi del c.d. minimo etico o di norme penali, pur non contemplati dal codice disciplinare, o nel caso che questo non fosse affisso ²⁴. Analogamente non vi può essere dubbio, alla luce

²³ DE MATTEIS, *Le infezioni da coronavirus* cit.

²⁴ giurisprudenza consolidata a partire da Cass. 2 ottobre 1989 n. 39949; da ultimo Cass. 7 novembre 2019 n. 28741, Cass. 21032/2016.

della consolidata giurisprudenza sull'art. 2087 nella sua valenza dinamica, che il datore di lavoro sia obbligato ad adottare il vaccino sopravvenuto, e che il lavoratore debba collaborare a norma dell'art. 20 t.u. 81 e 32 Cost.. I protocolli non hanno ridimensionano il precetto dinamico dell'articolo 2087; hanno solo un valore certificativo che al momento della loro emanazione le misure da essi previste costituivano il massimo suggerito dalla scienza e dalla tecnica del momento per evitare il contagio nei luoghi di lavoro, così da integrare il precetto dell'articolo 2087 a una certa data.

Il criterio del minimo etico, poi, nella nostra ricerca corrisponde al bene fondamentale della salute collettiva tutelato dall'articolo 32.

Per quanto riguarda l'art. 279 t.u. sicurezza, con questa norma il più evoluto t.u., in una visione globale di tutti i fattori e di tutti gli attori della salute e sicurezza sul lavoro, ha previsto, in luogo o in aggiunta ai precedenti singoli agenti infettivi oggetto di obbligo di vaccino, una disposizione di carattere generale sulla protezione dagli agenti biologici, indicati nell'elenco dinamico allegato XLVI, integrato con il SARS-CoV-2²⁵. Non dunque un dovere per il solo datore di lavoro, ma obbligazioni reciproche sinallagmaticamente collegate dall'art. 20 del medesimo t.u., come è proprio di un rapporto contrattuale.

L'obiezione che la norma, facendo riferimento all'agente biologico presente nella "lavorazione", si riferirebbe solo a quelli originati dall'atto lavorativo, e non a quelli provenienti dall'esterno, non fa onore al significato del termine "lavorazione", pur conservato per rispetto storico, ma che nel significato attuale è sinonimo di attività protetta²⁶, né alla nozione di rischio generico aggravato, che è stato il motore dello sviluppo di tutto il sistema di protezione sociale della assicurazione infortuni, nonché la chiave per isolare la occasione di lavoro in un rischio di per sé pandemico e quindi generico. Analoga valutazione per l'obiezione che il vaccino *de quo* esulerebbe dalla previsione dell'art. 279, perché non è provvisto dal datore di lavoro, bensì dallo Stato. Ciò avviene a causa della competenza esclusiva di quest'ultimo, a norma dell'art. 117, comma 2, lett. q), in quanto profilassi internazionale²⁷, ma non incide certamente sul punto essenziale, che è la funzione del vaccino nel sistema di prevenzione e di responsabilità esistenti.

Un ultimo argomento lo somministra il caso Genova, che tanta eco ha avuto nei media²⁸, e che ha richiamato la tematica del rischio elettivo.

Come è noto la giurisprudenza, recependo l'elaborazione dottrinale sul punto, configura il rischio elettivo come unico limite alla occasione di lavoro. Esso esclude la tutela infortunistica perché risiede in

²⁵ Dalla Direttiva Unione europea della Commissione 3 giugno 2020 n. 2020/739, recepita in Italia con l'art. 4 d.l. 7 ottobre 2020 n. 125, conv in lege 27 novembre 2020 n. 159.

²⁶ DE MATTEIS, *Infortuni sul lavoro* cit., 362; Cass. 5 febbraio 2020 n. 2592, cit. *ivi*, 281; vedi anche gli all. 4 e 5 al t.u. 1124/1965 sulle malattie professionali nell'industria e nell'agricoltura.

²⁷ Corte cost. ord. 14 gennaio 2021 n. 4; ord. 21.11.2017 n. 5/2018.

²⁸ si tratta del responsabile di una struttura sanitaria che si è ritrovato con 15 infermieri renitenti al vaccino; non sapendo che decisione prendere ha investito del caso la direzione Inail, attendendo lumi dall'Istituto.

un comportamento diretto a soddisfare impulsi meramente personali, estranei alle finalità produttive²⁹. La stessa dottrina ritiene che l'elemento soggettivo sotteso al rischio elettivo deve essere valutato con maggior rigore nelle situazioni sottratte al potere di controllo e conseguentemente alla responsabilità del datore di lavoro, come nel caso dell' infortunio in itinere, il quale, *pour cause*, non interferisce nella oscillazione del tasso specifico aziendale³⁰. Analoga valutazione ha operato il legislatore quando all'art. 42 l. 27/2020 ha escluso l' infortunio da infezione pandemica dall'oscillazione del tasso. La dottrina non ha mancato di rilevare come il meccanismo dell'oscillazione del premio aziendale costituisca l'espressione più evidente della connessione tra responsabilità ex art. 2087 e liberazione dalla responsabilità per colpa non penalmente rilevante³¹. In questa sede preme rilevare come il grado di diligenza richiesto per evitare la qualificazione di rischio elettivo non possa non rifluire su tutti gli aspetti del rapporto.

7. Conseguenze della nozione di rischio ubiquo in caso di rifiuto di vaccinazione.

Per quanto riguarda le conseguenze del rifiuto ingiustificato di vaccinarsi, tutti gli Autori, di entrambi gli orientamenti, sono molto cauti, e privilegiano le misure conservative, mediante il *répêchage*, e considerano il licenziamento come *extrema ratio*, in mancanza di mansioni immuni dal rischio di contagio.

La nozione sopra accolta di rischio ubiquo, ai fini correlati della copertura assicurativa e della responsabilità del datore di lavoro verso i dipendenti e verso i terzi, comporta due conseguenze: da una parte risulta arduo ipotizzare categorie immuni dal rischio di contagio; dall'altra la difficoltà di misure conservative quali la ricollocazione in ambienti protetti da tale rischio, salvo lo *smart working*.

Per questo tutti gli Autori, ed anche esponenti sindacali, auspicano un intervento chiarificatore del legislatore, come già avvenuto con l'art. 29 bis l. 40/2020, anche nel senso della obbligatorietà. E in questa direzione vi sono dichiarazioni di esponenti governativi, i quali non escludono misure più cogenti nel caso che il metodo persuasivo non raggiunga il suo obiettivo, ulteriore dimostrazione della indipendenza della regolazione privatistica rispetto alle forme del contingente intervento statale.

²⁹ da ultimo Cass. 15 maggio 2020 n. 8988; *ex plurimis* Cass. ord. 19 maggio 2019 n. 7649, in *Foro it.* 2019, I, 2386 con nota di FERRARI M.

³⁰ DE MATTEIS, *Infortuni* cit., 156 e giurisprudenza citata ivi.

³¹ SANDULLI P., PANDOLFO A. e FAIOLI M., *Coronavirus e responsabilità datoriale da infortunio sul lavoro*, in RDSS 2020, 3, 631.