

Numero 2 / 2021

Aldo De Matteis

**Infermieri che rifiutano il vaccino anti-Covid: note critiche
sulla direttiva Inail, anche alla luce del d.l. 44/2021**

Infermieri che rifiutano il vaccino anti-Covid: note critiche sulla direttiva Inail, anche alla luce del d.l. 44/2021

Aldo De Matteis
Presidente On. Agg. Corte di cassazione

Riassunto

L'Autore esamina la nota Inail 1.3.2021 con cui l'Istituto esprime l'indirizzo che gli infermieri che rifiutino il vaccino anti-covid, e si ammalinano di questo, hanno diritto comunque alle prestazioni previdenziali.

Ritiene l'indirizzo dell'Inail non condivisibile perché:

- la nozione di rischio elettivo quale comportamento abnorme adottata per escludere che questo ricorra nel caso degli infermieri che rifiutino il vaccino non è pertinente, perché elaborata dalla giurisprudenza di legittimità per gli *atti* compiuti nell'ambito lavorativo, i cui effetti ricadono sul lavoratore che li ha posti in essere, mentre il rifiuto del vaccino crea uno *stato* di pericolo per le altre persone;
- per i rischi estranei allo stretto ambito lavorativo, come l'infortunio in itinere, la legge (art. 12 d.lgs. 38/2000) e la relativa giurisprudenza adottano una nozione molto più rigorosa, che esclude dalla copertura tutti i comportamenti non coerenti con l'oggetto specifico della tutela, costituito dal percorso normale casa-lavoro;
- a maggior ragione tale criterio di rigore deve essere adottato per il rischio pandemico, stanti le ricadute sul diritto alla salute ed alla vita di altre persone;
- comunque il quadro di riferimento è cambiato con l'introduzione dell'obbligo di vaccino per il personale sanitario, ad opera del decreto-legge 1 aprile 2021 n. 44;
- analoga conclusione ove si segua la dottrina che rinviene identico obbligo di vaccino in plurime disposizioni del t.u. sicurezza 81/2008.

Summary

The author examines the Inail note 1.3.2021 with which the Institute says that nurses and healthcare personnel who refuse the anti-covid vaccine, and become ill from it, are entitled to social security benefits.

The author considers the address of the Inail not acceptable because: -the notion of elective risk as abnormal behavior adopted to exclude that this occurs in the case of nurses who refuse the vaccine is not relevant, because developed by the case law of legitimacy for the acts carried out in the workplace, the effects of which fall on the worker who has put them in place, while the refusal of the vaccine creates a state of danger to other people; - for risks outside the strict scope of work, such as an accident while commuting, the law (Article 12 of Legislative Decree 38/2000) and the relevant case law adopt a much stricter concept, which excludes from cover all behaviour that is not consistent with the specific object of protection, namely the normal home-work journey;

-a fortiori, this strict criterion must be adopted for the pandemic risk, given the repercussions on the right to health and life of other persons;

-However, the reference framework has changed with the introduction of compulsory vaccination for health personnel by Decree-Law No 44 of 1 April 2021;

-the same conclusion if one follows the doctrine that finds identical vaccine requirements in several provisions of T.U Act 81/2008.

Résumé

L'Auteur examine ici la note Inail* du 1^e mars 2021 à travers laquelle l'Institut estime que le personnel infirmier refusant la vaccination anti-covid et contractant la maladie, bénéficie tout de même du droit aux prestations sociales.

L'Auteur ne partage pas la position de l'Inail sur la base de ce qui suit :

- la notion de risque électif – tel le comportement anormal ci-dessus exprimé – sur laquelle se base la prise de position de ne pas exclure le cas du personnel infirmier qui refuse la vaccination, n'est pas pertinente, car élaborée à partir de la jurisprudence de légitimité des *actes* commis sur le lieu de travail, dont les effets retombent sur le travailleur qui les a commis, tandis que le refus de vaccination constitue un *état* de mise en danger d'autrui;

- pour les risques non directement liés à l'environnement de travail, tel que l'accident sur le trajet, la loi (art. 12 d.lgs. 38/2000) et la jurisprudence afférente adoptent une notion beaucoup plus rigoureuse, qui exclut de la couverture sociale toute conduite non-conforme à l'objet spécifique de la protection, que représente le trajet normal maison-lieu de travail ;
- à plus forte raison, ce critère de rigueur doit être retenu pour le risque pandémique, compte tenu des répercussions sur le droit à la santé et à la vie d'autrui ;
- par ailleurs, le cadre de référence a changé avec l'introduction de l'obligation de vaccination pour le personnel de santé, par le décret-loi du 1^e avril 2021 n. 44;
- conclusion analogue si l'on suit la doctrine qui retrouve la même obligation vaccinale dans plusieurs dispositions de la loi consolidée du texte unique sécurité 81/2008.

*Institut national (italien) des assurances contre les accidents du travail

Sommario: 1. Premessa: il caso Genova.- 2. La risposta dell'Inail. – 3. L'Inail ed il sistema normativo.- 4. Come fu che un rischio pandemico divenne rischio lavorativo.- 5. Il dolo: dolo specifico e dolo generico.- 6. La colpa: colpa generica, specifica, cosciente, con previsione.– 7. Oltre il dolo e la colpa: i rischi elettivi. La nozione di rischio elettivo nel processo produttivo.- 8. Il rischio elettivo negli infortuni in itinere.- 9. Il rischio elettivo nelle infezioni pandemiche.- 10. Conclusioni.

1. Premessa: il caso Genova.

L'ospedale policlinico San Martino di Genova si è ritrovato con diversi infermieri, circa 15, che hanno rifiutato di sottoporsi al vaccino anti-covid predisposto per essi.

Con unica missiva, la direzione dell'ospedale ha chiesto lumi e direttive al dipartimento salute servizi sociali della regione Liguria, nonché alla sede Inail territoriale, chiedendo se e quali provvedimenti debbano essere adottati nei confronti di quei lavoratori che non abbiano aderito al piano vaccinale anti-covid. Nella missiva si fa notare che da una parte non vi è un obbligo di legge per l'obbligatorietà di tale profilassi anti-covid, dall'altra che vi sono molteplici profili che riguardano la responsabilità del datore di lavoro e dello stesso personale infermieristico, di carattere civilistico, deontologico o altro.

Non risulta che la Regione abbia risposto.

Ha risposto l'Inail, per gli aspetti previdenziali. La sede territoriale ha investito la sede centrale dell'Istituto, da una parte limitando il quesito agli aspetti assicurativi propri della tutela Inail, dall'altra estendendolo ad ulteriori categorie professionali, quali la pubblica sicurezza, trasporti, scuola.

Successivamente ha risposto anche il legislatore, con il decreto-legge 1 aprile 2021 n. 44, il cui articolo 4 ha imposto l'obbligo di vaccinazione al personale sanitario.

2. La risposta dell'Inail.

L'Inail, in persona della Direzione centrale rapporto assicurativo, con nota del 1° marzo 2021, ha affermato che gli infermieri che rifiutino il vaccino hanno diritto a tutte le prestazioni previdenziali, sulla base di tre argomenti:

-l'azione dell'Istituto è soggetta solo alla legge, costituita dall'art. 65 del testo unico 1124, il quale dà rilevanza solo al dolo dell'assicurato, sì che la colpa nella causazione dell'infortunio non ne esclude la indennizzabilità;

-non sussiste nella specie il rischio elettivo, perché manca quel carattere di arbitrarietà o abnormità che secondo la giurisprudenza di legittimità caratterizza appunto il rischio elettivo;

-non sussiste allo stato un obbligo di legge a vaccinarsi, perché tale non può essere considerato l'art. 279 d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, il quale sancisce l'obbligo per il solo datore di lavoro di mettere a disposizione vaccini efficaci.

Il percorso argomentativo e le conclusioni dell'Inail meritano qualche riflessione.

Esaminiamo partitamente i diversi argomenti.

3. L'Inail ed il sistema normativo.

L'art. 65 t.u. 1124/1965 esclude il diritto a qualsiasi prestazione nel caso che l'infortunato abbia simulato l'infortunio o abbia dolosamente aggravato le sue conseguenze. La norma si riferisce ovviamente al sistema di tutela esistente al tempo, limitato ai soli infortuni nell'atto lavorativo, e rispecchia la tipologia elusiva praticata allora, tributaria degli atti di automutilazione del periodo bellico.

Questo è il dato della legge, cui l'Inail intende attenersi.

Ma sappiamo che la legge, invocata dall'Inail, è solo lo scheletro, immanente nel dato testuale, ma che si evolve nel tempo come sistema normativo. Per dirla con Paolo Grossi, costituisce una imprescindibile opzione metodologica recuperare la dimensione storica e sociale del diritto, perché mai lo Stato o le sue leggi sarebbero capaci di esprimere tutta la complessità e la ricchezza della società¹. E c'è sempre la nostra Antigone², la Carta costituzionale, che veglia, ispira e orienta la interpretazione delle leggi, con i suoi doveri inderogabili di solidarietà sociale (art. 2) e di tutela dell'interesse collettivo alla salute (art. 32). Si possono ricordare anche alcuni principi cardine elaborati dalla Corte di legittimità, come il rispetto del minimo etico, costituito nel nostro caso, appunto, dal valore costituzionale della salute collettiva³, da cui deriva che il diritto del singolo non può essere esercitato in modo da ledere la salute degli altri.

Il sistema di tutela infortunistica costituisce un esempio mirabile di creazione circolare del diritto, con il concorso di molteplici fattori, sociali e istituzionali: il foro e la dottrina, nel loro ruolo a monte di impulso ed ispirazione della giurisprudenza, ed in quello a valle di interpretazione ed applicazione; la giurisprudenza, che, in tale contesto, ha offerto strumenti concettuali potenti in snodi fondamentali del sistema: il principio di parità di tutela a parità di rischio; il rischio zero nelle macchine elettriche, che ha fatto esplodere l'area delle attività protette, in quanto nessuna attività oggi si svolge senza l'ausilio di un computer; il valore esemplificativo di norme prima ritenute tassative, con il conseguente ampliamento della platea delle persone tutelate⁴; il movimento corporeo e l'infezione di agenti biologici come causa violenta; l'esigenza di trovare una soluzione attuativa dell'art. 38 "senza condizioni" "nel sistema nel suo complesso", come si esprime Cass. 1048/2018 sul nuovo infortunio successivo al consolidamento dei postumi. E in questo processo di definizione del sistema di tutela l'Inail, lungi dall'essere mero esecutore di formule testuali, è stato un attore di primo piano, con numerosi strumenti, di cui possiamo ricordare solo alcuni: le circolari e istruzioni operative con cui, in pronto recepimento

¹ P. GROSSI, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico*, in *Quaderni fiorentini*, 2003, n. 32, p. 25 segg., cit. da PASCUCCI, citato *infra*.

² CARTABIA M, VIOLANTE L. *Giustizia e mito*, Bologna 2018.

³ Ci si riferisce alla vicenda dei codici disciplinari previsti dall'art. 7 dello statuto per delimitare il potere disciplinare del datore di lavoro; la Corte ha superato le strettoie dei codici disciplinari (come potrebbe avvenire per i protocolli, alla luce del 2087, per i ritrovati scientifici successivi) elaborando la nozione suddetta per dichiarare la legittimità dei provvedimenti espulsivi motivati con comportamenti non previsti da detti codici, ma contrari al minimo etico o norme penali (da ultimo Cass. 7 novembre 2019 n. 28741, Cass. 17 luglio 2018 n. 19013, Cass. 24 maggio 2018 n. 12994, che ha dichiarato la legittimità del licenziamento disciplinare di un conducente di autobus per uso extra lavorativo di stupefacenti, nonostante che questa condotta non fosse prevista come causa di esonero dal regio decreto 148/1931 sui servizi di trasporto in concessione).

⁴ E' il caso dell'art. 4, comma 3, t.u. 1124, sui commessi viaggiatori e piazzisti, cui Corte cost. 9 giugno 1977 n. 114 ha attribuito valore esemplificativo, così estendendo in via interpretativa la copertura assicurativa a tutti coloro che conducono un veicolo a motore per ragioni professionali.

dei *dictamina* delle Alte Corti, ha esteso a casi analoghi i principi da esse enunciati nella fattispecie sottoposta a giudizio; è il caso, ad es., degli animatori turistici, cui ha esteso il nuovo concetto di causa violenta, inclusiva del movimento corporeo, enucleato dalla Corte costituzionale a proposito dei ballerini e tersicorei; le circolari con cui ha integrato e dettagliato precetti di legge generici⁵; in alcuni limitati casi, enunciazione di principi difformi da quelli della giurisprudenza, più coerenti con le finalità di tutela del sistema⁶; i diversi suggerimenti interpretativi in tema di infortunio in itinere, in punto di deviazioni, interruzioni, bicicletta come mezzo necessitato, luogo di inizio ed estensione della nozione di iter; oppure per gli insegnanti ed alunni, estendendo la nozione di esercitazioni pratiche alle esercitazioni ginnastiche, attività agonistiche e sportive, attività ludico motorie nelle scuole materne, insegnamento con ausili didattici elettronici, insegnanti di sostegno, accompagnatori in gita scolastica, e simili⁷; l'inclusione tra le persone tutelate di nuove categorie professionali, attraverso l'azione di pretese contributive per situazioni in bilico, poi avallate dalla giurisprudenza; la scelta di non impugnare sentenze di merito sfavorevoli, così contribuendo ad ampliare il raggio d'azione nel caso singolo, ma altresì creando il precedente della *res indicata*⁸; la stessa azione amministrativa, che costituisce la prima linea di intervento dello Stato sociale, e con le sue prassi contribuisce anche essa a creare il diritto. Ultimo esempio: la circolare 13/2020 e gli atti con essa coerenti, con cui ha dettato una disciplina compiuta dell'occasione di lavoro nella infezione pandemica in corso, attraverso una scala presuntiva di rischio categoriale, disciplina originale e più ampia di quella dei Paesi circostanti⁹; circolare che ha costituito l'unica fonte regolatrice del rischio di contagio nei vari ambienti

⁵ Ad es. Part. 12 d.lgs. 38/2000, il quale esclude dalla tutela dell'infortunio in itinere i casi di interruzione o deviazione del tutto indipendenti dal lavoro o, comunque, non necessitate, spiegando che la interruzione e la deviazione si intendono necessitate quando sono dovute a causa di forza maggiore, ad esigenze essenziali ed improrogabili o all'adempimento di obblighi penalmente rilevanti. L'Inail, con circ. 18 dicembre 2014, n. 62, espressamente ispirandosi alle normative europee (ricordate in DE MATTEIS, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Milano 2020, 153), al principio di interpretazione comunitaria (ivi, 18) alla giurisprudenza di legittimità sulla rilevanza delle esigenze familiari (Cass. 3273/1982), ha esteso la tutela dell'infortunio *in itinere* alle deviazioni necessarie per accompagnare il proprio figlio a scuola.

⁶ Il caso ad esempio della norma più favorevole nella successione delle diverse tabelle delle malattie professionali (circ. Inail 24 luglio 2008 n. 47 e 8 giugno 1994 n. 19) mentre la costante giurisprudenza di legittimità applica la tabella vigente nel periodo di esposizione al rischio (da ultimo Cass. 6 maggio 2014 n. 9688). Non possiamo poi tacere il caso, che fa onore al diritto vivente, della infermiera, tenuta al turno di reperibilità, che, svegliata nel cuore della notte per una urgenza, nello scendere tutta assonnata le scale condominiali, inciampa in una bottiglia di birra lasciata da ignoti, cade per terra, sbatte la testa e muore. Il caso è stato ammesso a tutela in sede amministrativa, su *input* dell'Avvocatura generale dell'Istituto, benché avvenuto all'interno del condominio che, secondo la giurisprudenza, sarebbe precedente all'inizio dell'iter, in quanto rientrante nei poteri di controllo di sicurezza dell'interessato.

⁷ Notiziario Inail 20.6.1985 n. 32; circ. 23.4.2003 n. 28.

⁸ Ci si riferisce in particolare al caso dei sette marinai italiani uccisi nel sonno in un porto algerino, per odio politico, fuori dal turno di lavoro, ma a bordo del mercantile che costituiva il loro luogo di lavoro, con la pretesa di rendita ai superstiti contrastata dall'Inail in sede amministrativa ed in primo grado, per la nozione a quel tempo non ancora matura di rischio ambientale ed attività connesse.

⁹ DE MATTEIS, *Le infezioni da coronavirus come infortunio sul lavoro, le specialità della tutela italiana*, in RDSS, 2020, 3, 643.

lavorativi ¹⁰. La mappatura del rischio di contagio così effettuata dall'Inail ha una valenza oggettiva con riflessi normativi che travalicano i confini del campo previdenziale: a causa della modalità interpersonale e bidirezionale di trasmissione del virus, detta mappatura gradua il rischio di contagio per le diverse categorie di lavoratori, ma altresì il rischio che costoro contagino altre persone, colleghi e terzi, che vengano a contatto con lui in ragione della sua prestazione lavorativa, sicché a questa mappatura bisogna rivolgersi quando si parla di obbligo di prevenzione a carico dei lavoratori, che potrebbe arrivare anche all'obbligo di vaccino.

L'Inail è quindi dotato dei poteri e della capacità di interpretazione e di indirizzo. Peraltro la legge gli ha affidato compiti generali di contrasto alla infezione pandemica, al di là delle storiche competenze in favore degli assicurati, quale soggetto attuatore degli interventi di protezione civile ¹¹. Per questo l'ospedale genovese, non sapendo a che santo votarsi, si è rivolto supplice a tale Istituto, nel vuoto di direttive e di responsabilità.

4. Come fu che un rischio pandemico divenne rischio lavorativo.

Il covid 19 costituisce una infezione pandemica, e cioè un rischio generico di tutta la popolazione, come tale sottratto alla tutela infortunistica. Questa è la *summa divisio* dell'art. 2 t.u. 1165: la malaria è esclusa dalla tutela in quanto rischio generico, mentre la infezione carbonchiosa è inclusa perché tipica di determinati ambienti lavorativi ¹².

La chiave di volta per l'inclusione delle malattie infettive nella occasione di lavoro è dunque la nozione di rischio generico aggravato da un fattore attinente al lavoro. E questa nozione è alla base della scala presuntiva di rischio covid elaborata dall'Inail con la circolare 13/2020 citata.

5. Il dolo: dolo specifico e dolo generico.

¹⁰ infatti l'art. 42 legge 27/2020 è puramente confermativo dei principi di sistema sugli agenti biologici quale causa violenta nella parte in cui qualifica la infezione da covid-19 come infortunio sul lavoro; nello stesso senso AMENDOLA F., *Covid 19 e responsabilità del datore di lavoro*, Bari 2021.

¹¹ art. 10 d.l. 18/2020 conv. in legge 27/2020; da ultimo il protocollo 6 aprile 2021 sulla vaccinazione nei luoghi di lavoro.

¹² Vedi Corte cost., sent. 226/1987, che ha dichiarato illegittimo l'art. 2, nella parte in cui non ricomprende tra i casi di infortunio sul lavoro l'evento dannoso derivante da infezione malarica, perché, a seguito delle disinfestazioni chimiche tramite DDT nel secondo dopoguerra, la malaria non è più una malattia endemica, così confermando l'impostazione originaria del t.u.. Con la stessa sentenza la Corte ha dichiarato illegittime le norme speciali che prevedevano per gli eventi da malaria provvidenze diverse da quelle del sistema di tutela per gli infortuni sul lavoro.

L'Inail si appella all'art. 65 t.u. 1124. Dobbiamo menzionare anche l'art. 11, comma 3, medesimo t.u., il quale, a sua volta, faculta l'Istituto assicuratore ad esercitare l'azione di regresso contro l'infortunato, ove il dolo sia accertato con sentenza penale o, in caso di morte o di amnistia, nelle forme civili. Coerenza interna di sistema impone di ritenere che il dolo dell'art. 11 è inteso nello stesso senso dell'art. 65, e cioè come dolo specifico, seguendo la definizione dell'art. 43 c.p., e cioè quando l'agente prevede e vuole l'evento come conseguenza della propria azione od omissione.

Sono quindi esclusi i comportamenti connotati dalla mera coscienza e volontà del fatto materiale, c.d. dolo generico (es. rimozione volontaria di misure di sicurezza)¹³.

In tal modo il dolo del lavoratore può comprendere sia atti sulla propria persona (autolesionismo, più frequenti nel regime del r.d. 31 gennaio 1904, n. 51, che prevedeva la liquidazione in capitale) sia adempimenti amministrativi (simulazione di infortunio, falsa denuncia di un incidente stradale come infortunio in *itinere*, e simili, tuttora possibili).

Di fatto non risulta giurisprudenza che escluda la tutela di un infortunio per dolo dell'autore.

È stato osservato che l'art. 65 esclude l'indennizzabilità in radice anche di un infortunio effettivamente occorso, ma del quale l'infortunato abbia dolosamente aggravato le conseguenze; ragioni sistematiche avrebbero dovuto escludere l'indennizzabilità delle sole conseguenze dirette dell'aggravamento, facendo salve quelle dell'infortunio effettivamente occorso; la giustificazione di tale scelta drastica del legislatore viene individuata nel giudizio etico su una condotta particolarmente riprovevole¹⁴. Vi è infatti una dimensione etica nell'ordinamento, non solo penale¹⁵.

6. La colpa: colpa generica, specifica, cosciente, con previsione.

L'art. 43 c. p. distingue la colpa a causa di negligenza o imprudenza o imperizia (colpa generica) da quella per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline (colpa specifica).

¹³ MIRALDI, *Gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*, Padova 1979, 174; ALIBRANDI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Milano ed. 1994, 76; ACCONCIA, *L'infortunio sul lavoro e le malattie professionali*, in *Trattato di previdenza sociale*, vol. IV, *La tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*, Padova 1981, 70; CORSALINI G. *La centralità del lavoratore*, Milano 2020, 74. Per la distinzione tra dolo generico e dolo specifico vedi MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1992, 330; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Milano 1960, 259.

¹⁴ CORSALINI, op.loc.cit.

¹⁵ vedi ad es. la valutazione del dolo dell'assicurato nella ripetizione dell'indebito previdenziale: Cass. 17 maggio 2013 n. 12097.

E' ovvio che nessuna rilevanza può avere la colpa per imprudenza (spesso conseguente all'acquisita familiarità con gli strumenti e le situazioni di lavoro), perché l'assicurazione obbligatoria è sorta proprio per coprire anche e soprattutto gli infortuni accidentali, quale portato in un certo senso naturale dell'attività produttiva del tempo.

Nella nozione di colpa è compresa anche la colpa grave quale sarebbe quella di un lavoratore che lavori ad una macchina priva dei congegni di sicurezza ¹⁶, o anche la consapevole inosservanza delle direttive datoriali per l'esecuzione del lavoro, o di uno specifico ordine di servizio¹⁷.

In conclusione la colpa del lavoratore, anche esclusiva, o il suo concorso di colpa nella causazione dell'infortunio sul lavoro, non esclude la indennizzabilità di quest'ultimo, né si riflette in una corrispondente riduzione dell'indennizzo ¹⁸.

7. Oltre il dolo e la colpa: i rischi elettivi. La nozione di rischio elettivo nel processo produttivo.

Le categorie fin qui viste dei vari gradi di dolo e di colpa non esauriscono i criteri per decidere se un atto compiuto durante l'attività protetta sia meritevole o meno di indennizzo. Vi sono infatti degli atti che per il loro movente e per la loro divergenza dai processi lavorativi normali creano un rischio ulteriore, per scelta del lavoratore, che non merita di essere tutelato, e per questo dottrina e giurisprudenza lo hanno chiamato rischio elettivo; una nozione che ubbidisce a criteri compositi diversi, e che non si deve identificare con il massimo grado della colpa.

Con formula ormai consolidata e tralaticia, la giurisprudenza di legittimità individua il rischio elettivo attraverso il concorso simultaneo dei seguenti elementi caratterizzanti: *a)* vi deve essere non solo un atto volontario, ma altresì arbitrario, nel senso di illogico ed estraneo alle finalità produttive; *b)* diretto a soddisfare impulsi meramente personali (il che esclude le iniziative, pur incongrue, motivate da finalità produttive); *c)* che affronti un rischio diverso da quello cui sarebbe assoggettato, sicché l'evento non abbia alcun nesso di derivazione con lo svolgimento dell'attività lavorativa ¹⁹.

L'Istituto assicuratore circoscrive il rischio elettivo a due soli casi:

¹⁶ Cass. 9 settembre 1991 n. 9456, in *Riv. inf. mal. prof.* 1992, II, 9.

¹⁷ Cass. 13 febbraio 2012 n. 1994.

¹⁸ Cass. 4 dicembre 2013 n. 27127; Cass. 1994/2012 cit.; Cass. 6 marzo 1996 n. 1750, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1996, II, 55.

¹⁹ *ex plurimis*: Cass. 15 maggio 2020 n. 8988; Cass. ord. 19 marzo 2019 n. 7649, in *Foro it.* 2019, I, 2386, con nota di M. FERRARI; Cass. 18 giugno 2018 n. 16026; Cass. 13 gennaio 2017 n. 798; Cass. 18 maggio 2009 n. 11417, in *Foro it.* 2009, I, 2058; Cass. 4 luglio 2007 n. 15047, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2007, II, 67; MIRALDI, *op. cit.*, 172; ALIBRANDI, *Infortuni*, 1994, 370.

a) quando l'evento si verifichi nel corso dello svolgimento di un'attività che non ha alcun legame funzionale con la prestazione lavorativa o con le esigenze lavorative dettate dal datore di lavoro;

b) o l'evento sia riconducibile a scelte personali del lavoratore, irragionevoli e prive di alcun collegamento con la prestazione lavorativa tali da esporlo a un rischio determinato esclusivamente da tali scelte ²⁰.

Nella giurisprudenza di legittimità più recente, esso viene configurato come l'unico limite che esclude la occasione di lavoro.

La casistica aiuta a capire il concetto.

Casi in cui è stato affermato il rischio elettivo, e quindi l'esclusione della tutela, passati al vaglio della giurisprudenza, e riferiti dalla dottrina: quello del lavoratore che, per mera curiosità, penetri in una cabina elettrica il cui accesso sia palesemente inibito agli inesperti; quello del muratore che si sporga dal cornicione estremo di un fabbricato su cui lavora, per cogliere una nidia di uccelli; quello del bracciante che, di propria iniziativa e senza alcuna ragione utile, monti su di una trebbiatrice ferma nell'aia, e, pur essendo ignaro, si provi ad azionarne il motore; quello del boscaiolo che si attacchi, per scendere a valle, a quel semplice e rudimentale gancio metallico con cui si fanno scivolare lungo un cavo di acciaio (filovia « a sbalzo ») le fascine di legna dai monti; quello dello sterratore che rinventa, scavando in una zona già teatro di guerra, un proiettile inesplosivo e, pur avendolo riconosciuto come tale, anziché lasciarlo sul posto ed avvisarne le autorità, si ponga, per curiosità morbosa, a batterlo o a svitarlo per ricavarne, in proprio vantaggio, materiale da scoppio ²¹.

In altri casi la giurisprudenza ha escluso il rischio elettivo, pur in presenza di un atto anomalo, perché finalizzato all'attività produttiva, e quindi privo del requisito della arbitrarietà ²².

²⁰ circ. Inail 52/2013 cit.

²¹ MIRALDI, *op. cit.*, 172 e 173; cui si rinvia per ulteriore casistica.

²² — Cass. 7649/2019: indennizzabile l'infortunio occorso ad un lavoratore che, anziché seguire il percorso usuale per ispezionare le valvole di alcune vasche, si era introdotto all'interno di un cantiere non appartenente alla società datrice, dal quale le valvole potevano comunque essere viste e, mentre le stava esaminando, era caduto in una cisterna;

— Cass. 16026/2018 (in tema di responsabilità del datore di lavoro *ex art. 2087 c.c.*): infortunio mortale occorso ad un lavoratore, investito dal treno mentre operava un controllo degli scambi ferroviari, per il quale il giudice di merito, cassato, aveva affermato il rischio elettivo sul rilievo che l'intervento era stato effettuato in anticipo rispetto all'orario prefissato.

— Cass. 18786/2014 ha confermato la decisione di merito, secondo la quale non costituisce rischio elettivo l'aver utilizzato una scala per montare una tenda parasole alla finestra del locale portineria in cui il lavoratore era tenuto ad operare.

— Cass. 7 luglio 2011 n. 14997: non costituisce rischio elettivo l'iniziativa di un aiuto carpentiere di disarmare una pensilina sita al terzo piano (che avrebbe comportato la predisposizione di speciali misure di sicurezza), perché attività interna al tipo di lavoro cui era addetto;

— Cass. 2 ottobre 2009 n. 2113: lavoratore che, essendosi rotto il verricello, suo normale strumento di lavoro, si era fatto imprudentemente sollevare dal cestello della gru;

— Cass. 19 aprile 2006 n. 9066, secondo cui non costituisce rischio elettivo la scelta del lavoratore di svolgere attività lavorativa in giorno festivo;

La qualificazione di una condotta del lavoratore come abnorme è diversa al fine di escludere la responsabilità penale del datore di lavoro, ed al fine di configurare il rischio elettivo: la manovra inappropriata per far ripartire un macchinario inceppato, con introduzione della mano negli organi in movimento, può escludere la responsabilità penale del datore di lavoro²³, ma non configurare rischio elettivo.

Tutto quel che si è predicato finora in tema di dolo, colpa e rischio elettivo si riferisce agli *atti* posti in essere nell'ambito dell'attività protetta, che incidono sulla sicurezza del lavoratore.

Diversa la valutazione per gli *stati* in cui il lavoratore si sia volontariamente posto, che riducano la sua capacità di attenzione ed aumentino per questo motivo il rischio di infortunio, quale l'ubriachezza, nei quali l'indennizzabilità è esclusa, anche come riflesso dei principi elaborati in sede penale (art. 92 c.p.)²⁴.

E l'esempio della ubriachezza ci introduce ad una diversa nozione di rischio elettivo, che sarà esaminato al par. successivo.

8. Il rischio elettivo negli infortuni in itinere.

Recependo gli approdi della giurisprudenza di legittimità, l'art. 2, comma 3, ultima parte, t.u. 1124, aggiunto dall'art. 12 d.lgs. 38/2000, estende la tutela infortunistica anche agli infortuni in *itinere*; nel far ciò, esclude dalla tutela gli infortuni cagionati direttamente dall'abuso di alcoolici, di psicofarmaci, o dall'uso non terapeutico di stupefacenti e allucinogeni; nonché in caso di guida senza patente²⁵.

— Cass. 4 marzo 2005 n. 4723: conducente di autocisterna che provvede (pur non obbligato dal proprio mansionario) al carico dell'olio minerale nell'autobotte nel cortile dello stabilimento della ditta fornitrice;

- Cass. 3 febbraio 1999 n. 932 (in *Riv. inf. mal. prof.*, 1999, II, 49): dipendente di cooperativa agricola mentre riportava in azienda un trattore, carico del fieno necessario al governo degli animali, che la sera precedente aveva parcheggiato nei pressi della propria abitazione;

— Cass. 25 novembre 1975 n. 3950 fattorino che, contrariamente alle direttive aziendali, si attrezza con un proprio ciclomotore per provvedere ad una più rapida consegna dei plichi della quale è incaricato.

²³ Cass. pen., sez. IV, 2 febbraio 2015 n. 4890, in *Foro it.*, 2015, II, 424.

²⁴ Cass. 8 luglio 2015 n. 14251, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2015, I, 57, ha escluso l'indennizzabilità di una caduta di lavoratore con tasso alcolico elevato; sulle riserve a tale decisione vedi però CORSALINI, *La centralità* cit., 70.

²⁵ È utile qualche cenno storico. In veste di dottrina proponemmo nel lontano 1996 (DE MATTEIS *L'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*, Torino 1996, 105 e 121) la tesi che la destinazione lavorativa costituisce di per sé quel *quid pluris* di cui la giurisprudenza andava in cerca al fine di ritenere il rischio generico della circolazione stradale aggravato da un qualcosa attinente al lavoro; proposta accolta dalla giurisprudenza a partire da Cass. 19 gennaio 1998 n. 455, in *Foro it.* I, 781, divenuto poi *jus receptum*; e infine dal legislatore che con la legge 17 maggio 1999, n. 144, ha delegato il Governo (art. 55 lett. *u*) a dettare una specifica normativa per la tutela dell'infortunio in *itinere*, ponendogli come criterio direttivo il recepimento dei principi giurisprudenziali consolidati in materia, e così confermando la legittimità di questo processo formativo del diritto per il passato e per il futuro; il legislatore delegato, nell'attuare la delega con l'art. 12 del d.lgs 38/2000, ha aggiunto un terzo comma all'art. 2 ed all'art. 210 del t.u. 1124, sottolineando con tale scelta, sistematicamente

Nella disposizione si rinvengono due distinte tipologie di *comportamenti colposi* che integrano il rischio elettivo: la colpa generica nel porsi volontariamente in uno stato di menomata e alterata attenzione; la colpa specifica della inosservanza di una norma del codice della strada.

Quindi è già nella legge una diversa e più rigorosa valutazione dell'elemento soggettivo negli infortuni in *itinere*, che ha consentito alla dottrina che per prima si è occupata dell'argomento ²⁶, di dedurre che il rischio elettivo nell'infortunio *in itinere* ha connotati diversi rispetto all'attività lavorativa diretta.

Mentre l'art. 2, comma 1, testo unico 1124, menziona l'occasione di lavoro senza ulteriori specificazioni, per individuare gli eventi che nell'ambito dell'attività protetta rientrano nella tutela ²⁷, consentendo con tale ampia formula il processo interpretativo che ha compreso in tale nozione, nella concezione attuale, tutti i rischi attinenti alla condizione lavorativa, il terzo comma, aggiunto dall'art. 12, consapevole di tale elaborazione, ha circondato l'estensione della tutela all'iter casa-lavoro con diverse precauzioni, ad iniziare dal percorso normale, le quali, costituendo dei rischi ulteriori disfunzionali alle ragioni della tutela ed assunti volontariamente dall'assicurato, sono denominati dalla giurisprudenza relativa rischio elettivo.

Non tutto quello che avviene durante l'iter è in occasione di lavoro ²⁸.

La giurisprudenza di legittimità è costante nell'affermare che il rischio elettivo nell'infortunio *in itinere* deve essere valutato con maggiore rigore rispetto a quello che si verifichi nel corso della attività lavorativa diretta, in quanto comprende comportamenti del lavoratore infortunato di per sé non abnormi, secondo il comune sentire, ma semplicemente contrari a norme di legge o di comune prudenza. Ne consegue che la violazione di norme fondamentali del codice della strada (o di altre norme di legge, regolamentari, o di comune prudenza) può integrare un aggravamento del rischio tutelato talmente esorbitante dalle finalità di tutela da escludere la stessa ²⁹.

appropriata, che l'infortunio *in itinere* costituisce un aspetto della nozione di occasione di lavoro, dalla quale era partita la elaborazione dottrinale e giurisprudenziale.

²⁶ DE MATTEIS, in DE MATTEIS-GIUBBONI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Milano, 2005, 273; si deve però segnalare che la dottrina che più ha approfondito il tema dell'infortunio *in itinere* (CORSALINI, *Gli infortuni in itinere*, 2009, 100; dello stesso Autore, *La centralità del lavoratore*, Milano, 220, 138), ha una posizione diversa: premessa la unicità della nozione di rischio elettivo nell'attività lavorativa e nell'infortunio *in itinere*, ritiene le ipotesi di esclusione della tutela elencate nell'art. 12, peraltro a carattere tassativo, come delimitazione della occasione di lavoro e non come espressione di rischio elettivo.

²⁷ Sulla distinzione tra le due nozioni di attività protetta e occasione di lavoro vedi DE MATTEIS, *Infortuni* cit., 2020, 111.

²⁸ Cass. Sez. un. 7 settembre 2015 n. 17685, in *Riv. inf. mal. prof.* 2015, II, 113, con nota di PUGLISI, *Atto doloso del terzo e infortunio in itinere*, che ha escluso costituire infortunio *in itinere* l'omicidio della convivente durante l'iter per motivi passionali, non legati al lavoro.

²⁹ a partire da Cass. 6 agosto 2003, n. 11885, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2004, II, 71; Cass. 18 marzo 2004, n. 5525, in *Dir. giur. agr. e dell'ambiente* 2005, II, 32, con nota di FONTANA, *Infortunio in itinere, rischio elettivo e colpa dell'infortunato*; Cass. 3 agosto 2005 n. 16282, secondo cui il rischio elettivo nell'infortunio *in itinere* assume una nozione più ampia rispetto all'infortunio che si verifichi nel corso dell'attività lavorativa vera e propria; Cass. 29 luglio 2009 n. 17655; Cass. 18 febbraio 2015 n. 3292.

In applicazione di tale principio la Corte di legittimità ha dichiarato il rischio elettivo, e quindi l'esclusione della tutela, in caso, ovviamente, di guida senza patente³⁰, ma anche di guida con patente diversa da quella prescritta per il veicolo condotto³¹; nonché per la violazione di altre norme fondamentali del codice della strada, come il percorrere spazi interdetti al traffico privato³², o il sorpasso vietato³³.

La fattispecie di guida senza patente esalta la differenza nella nozione di rischio elettivo nell'attività produttiva e nell'infortunio in itinere. Se un lavoratore si infortuna in cantiere nel guidare un mezzo per il quale sia richiesta apposita patente, senza esserne in possesso, non è dubbio che l'evento debba essere ammesso a tutela, per la sua connessione con i fini produttivi; opposta la valutazione legislativa in caso di infortunio in itinere.

Rileva anche la violazione di norme diverse da quelle del codice della strada³⁴.

Tali arresti giurisprudenziali implicano un valore esemplificativo dell'art. 12.

Infine il rischio elettivo può sussistere anche in atti di per sé assolutamente leciti, ma che aggravano il rischio dell'iter, come la scelta del percorso o la sosta al bar³⁵.

Perché questa differente valutazione del rischio elettivo nell'attività produttiva e nell'infortunio in itinere? Perché l'infortunio avvenuto a seguito della rimozione dolosa dei

³⁰ Cass. 5525/2004 cit., in una fattispecie di guida di trattore agricolo senza patente.

³¹ Cass. 8 aprile 2021 n. 9375.

³² Cass. 11885/2003 cit.: un dirigente aveva impegnato consapevolmente con il motorino una zona interdetta al traffico privato (banchina portuale), secondo un uso locale largamente diffuso, venendo ivi a collisione con un automobilista, egualmente in divieto.

³³ Cass. 18 febbraio 2015 n. 3292: l'assicurato è rimasto infortunato a seguito di violenta collisione dal medesimo provocata con altra autovettura proveniente dalla opposta direzione di marcia, dopo aver eseguito una manovra di sorpasso su un tratto di strada che tale condotta vietava, in prossimità di una curva e tenendo una velocità non adeguata alle condizioni stradali.

L'unico caso problematico è quello della mancata osservanza del segnale di stop, perché questo potrebbe essere dovuto non a consapevole volontà di violare la norma ma a disattenzione: Cass. 21 settembre 2001 n. 15312 (in *Resp. civ. e prev.*, 2003, 1413, con nota di CORSALINI, Reperita juvant: *la colpa del lavoratore non esclude l'indennizzabilità dell'evento infortunistico, neppure quando si tratta di infortunio in itinere*; vedi anche, dello stesso A., *Infortunio in itinere* cit., in particolare 35-36) e Cass. 29 luglio 2009, n. 17655 hanno ritenuto che la inosservanza di un segnale di stop non comportasse, nelle condizioni specifiche, l'assunzione di un rischio elettivo; Cons. Stato, sez. VI, 20 marzo 2007 n. 1309 (facendo espresso riferimento alla giurisprudenza di legittimità di cui a Cass. 11885/2003; in *Danno e resp.*, 2007, 11, 1111, con nota di CORSALINI, *Infortunio da mancato rispetto dello stop: colpa o rischio elettivo?*) nega viceversa la tutela infortunistica, a causa della consapevole violazione della norma circolatoria.

³⁴ Cass. 3 agosto 2005, n. 16282 e Cass. 10 settembre 2009, n. 19496: lavoratori infortunati nell'attraversare i binari, anziché utilizzare il sottopassaggio ferroviario;

³⁵ La giurisprudenza assume come rischio normale dell'infortunio in itinere il mezzo di trasporto pubblico ed il percorso normale; qualsiasi deviazione non necessitata da tali parametri assume il carattere di rischio elettivo: ad es. l'uso del ciclomotore per consumare il pasto a casa, pur in presenza di esercizi vicini dove spendere i buoni pasti ed in assenza di preclusioni dietetiche (Cass. 6 ottobre 2004 n. 19940); il percorso per strade del tutto diverse dal tragitto normale (Cass. 22 febbraio 2012 n. 2642); in caso di deviazione non necessitata per cambio pneumatici (Cass. 6 luglio 2007 n. 15266); di sosta voluttuaria al bar (Cass. 4 luglio 2007 n. 15047); di utilizzo del mezzo privato in un percorso di appena 2 km in luogo di quello pubblico disponibile (Cass. 18 marzo 2013 n. 6725, in *Lavoro nella giur.*, 213, 5, 523 con nota di LUDOVICO, *Utilizzo del mezzo privato e rischio elettivo nell'infortunio in itinere*).

congegni di sicurezza di una macchina rientra nella tutela, ed il sorpasso azzardato costituisce invece rischio elettivo e la esclude? La Corte risponde: perché l'evento è esorbitante dalle finalità di tutela. Occorre quindi individuare la finalità di tutela, con due spiegazioni, una di sistema, l'altra di struttura. Nel rischio elettivo durante l'attività lavorativa vera e propria (comprensiva di tutte le categorie di rischio sopra accennate), siamo nel cuore delle ragioni dell'intervento dello Stato sociale a protezione del lavoro; la protezione dell' infortunio in itinere nella circolazione stradale invece costituisce una derivazione ancillare, a cerchi concentrici, del rischio originariamente protetto, con un rapporto più labile con esso, e per questo definita diversamente, già nel diritto pretorio da cui è gradualmente germinata, e negli stessi termini conservata dal legislatore del 2000 con il famoso art. 55 lett. u) citato a nota 25.

Certo si tratta di una posizione indubbiamente etica, ma questa trova fondamento ordinamentale: non tutti gli atteggiamenti pretensivi dei cittadini (per usare la terminologia della Corte successivamente citata) nei confronti dello Stato sociale sono legittimi, solo quelli più strettamente legati alle ragioni dell'intervento dello Stato stesso. E tra queste non vi è il sorpasso azzardato.

Quanto alla struttura, nell'infortunio in itinere manca un ingrediente essenziale della ricetta riportata al par. 7, la destinazione dell'atto a fini produttivi specifici, che è quello che salva la volontaria rimozione dei congegni di protezione dalla qualificazione di rischio elettivo. Nell'infortunio in itinere l'ingrediente della formula tralaticia - destinazione a fini produttivi - va sostituito con la destinazione ai fini propri di questa forma di tutela, e cioè il percorso normale abitazione-luogo di lavoro. E' questo requisito che la maggior parte delle sentenze riportate esclude nelle fattispecie esaminate, affermando che ricorre il rischio elettivo e conseguentemente escludendo la tutela infortunistica.

Infine si tratta di fattori di rischio estranei al processo produttivo ed ai poteri di controllo del datore di lavoro, e pertanto giustamente la Tariffa dei premi approvata con d.m. 12.12.2000 ha disposto (art. 9) che un infortunio del genere non incida sul tasso specifico aziendale, ai fini della determinazione del premio a carico del datore di lavoro ³⁶, disposizione ripresa poi dall'art. 42 l. 27/2020 ed applicata al rischio pandemico, stante la medesima ratio di estraneità a condotte datoriali.

9. Il rischio elettivo nelle infezioni pandemiche.

³⁶ CORSALINI, *Gli Infortuni* cit., 151.

L'ultimo argomento dell'Inail è che non esiste un obbligo di legge. L'impiego di tale argomento implica che diversa potrebbe essere la valutazione, se tale obbligo ci fosse.

L'obbligo ora c'è, introdotto dal decreto-legge 1 aprile 2021 n. 44, con cui il legislatore ha risposto allo smarrimento degli operatori, e alle pressioni sempre più forti dell'opinione pubblica, espresse dai mezzi di informazione, imponendo, all'art. 4, un obbligo di vaccinazione per il personale sanitario, latamente inteso³⁷, peraltro in un solco consolidato di vaccinazioni obbligatorie³⁸, che ha superato il vaglio di costituzionalità e della Corte Europea dei diritti dell'uomo³⁹.

Il decreto articola le conseguenze del rifiuto sulla base della sua giustificatezza (art. 4, commi 10 e 11): i liberi professionisti che abbiano controindicazioni mediche possono proseguire la propria attività adottando le migliori precauzioni; i lavoratori dipendenti, se giustificati, vanno adibiti a mansioni anche diverse con conservazione della retribuzione; i dipendenti non giustificati vanno adibiti a mansioni diverse, anche inferiori, con retribuzione corrispondente alle nuove mansioni; in mancanza di mansioni sicure sospensione dal lavoro senza retribuzione.

Questa disciplina è molto importante, perché contiene un giudizio di valore sul rifiuto di vaccino.

Essa inoltre, non prevedendo sanzioni di carattere amministrativo o penale per il rifiuto, costituisce un argomento a favore della tesi che qualifica la vaccinazione come un onere e non un obbligo⁴⁰.

Se nonostante il divieto di legge il soggetto continua a lavorare senza essere vaccinato? Occorrerà distinguere: se per imposizione del datore di lavoro, vi sarà un nesso con l'attività lavorativa che potrebbe discriminarlo; se per propria libera iniziativa (pensiamo ai professionisti ed lavoratori autonomi inclusi tra le persone obbligate al vaccino) non ci pare dubbio che sussista

³⁷ Sul tema vedi DE MATTEIS, *Prime notazioni sul decreto-legge 1 aprile 2021 n. 44 sull'obbligo di vaccino del personale sanitario*, in *Igislavorista*, 6.4.2021; POSO V.A., *Dei vaccini e delle "pene" per gli operatori sanitari. Prime osservazioni sul D.L. 1° aprile 2021 n. 44*, in *Labor*, 10.4.2021.

³⁸ da ultimo d.l. 7.6.2017 n. 73, conv. in l. 31.7.2017 n. 119, c.d. legge Lorenzin, che ha portato da 4 a 10 le vaccinazioni obbligatorie, e le ha poste come condizione di accesso agli asili nidi e alla scuola dell'infanzia, e disponendo altre misure per assicurarne l'effettività.

³⁹ Corte cost. 5/2018; sentenza della Grand Chambre dell'8.4.2021 nel caso Vavříčka contro Repubblica Ceca, che ha dichiarato la legittimità delle legge di quel Paese che, in analogia a quella italiana, pone l'obbligo di determinate vaccinazioni per i minori, pena la non ammissione agli asili nido.

⁴⁰ ad iniziare da CESTER: *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Carlo Cester*, in *Labor* 23.1 2021.

un rischio elettivo per l'aggravamento del rischio pandemico contro una espressa disposizione di legge, per motivi personali valutati negativamente dall'ordinamento.

E siccome l'Inail prende posizione sulla interpretazione dell'art 279 d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 escludendone una valenza obbligatoria per i lavoratori, e siccome il problema si pone per i lavoratori non menzionati dal decreto-legge 44, anche noi dobbiamo accennare, brevemente per quanto possibile, alla questione.

La tesi che l'art. 279 disponga un obbligo di vaccinazione non solo per il datore di lavoro, ma anche per i lavoratori, è stata sostenuta per primi da Guariniello e Ichino ⁴¹. Allo stesso risultato sono pervenuti altri Autori con percorsi in parte diversi ⁴².

A questa tesi è stato obiettato che la libertà di cura, e quindi la libertà di non vaccinarsi, è presidiata dall'art. 32 della costituzione, e che pertanto la riserva di legge del comma 2, secondo cui nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge, può essere attuata solo con un intervento legislativo statale esplicito in tal senso, come ha fatto il decreto legge. Qualsiasi tentativo di conciliare i contrapposti interessi - l'obbligo del datore di lavoro di assicurare la massima sicurezza possibile e la libertà di cura del lavoratore - attraverso il ricorso alle norme ordinarie costituirebbe un aggiramento surrettizio ed inammissibile del santuario dell'art. 32. In definitiva la volontà insindacabile dell'individuo di non vaccinarsi prevale su qualsiasi altro diritto o obbligo previsto dalle norme ordinarie a favore o a carico di altri membri della comunità ⁴³.

⁴¹ GUARINIELLO, *Covid-19: l'azienda può obbligare i lavoratori a vaccinarsi?* in www.ipsoa.it 28.12.2020, il quale rileva che nella lingua italiana l'espressione "da" seguita da un infinito è il modo dell'imperativo, sicché "da somministrare" significa che deve essere somministrato e quindi istituisce un obbligo sia per il somministrante, sia, correlativamente e logicamente, per il somministrando; ICHINO, *Perché e come l'obbligo di vaccinazione può nascere anche solo da un contratto di diritto privato*, in *LavoroDirittiEuropa*, 1/2021.

⁴² PASCUCCI P.-DELOGU A., *L'ennesima sfida della pandemia Covid 19: esiste un obbligo vaccinale nei contesti lavorativi?*, in *DSL* 1/2021, reperibile anche su *Conversazioni* cit., i quali individuano nell'art. 15 del testo unico sicurezza la norma cardine che, imponendo al datore di lavoro l'obbligo di *eliminare* il rischio, e non solo attenuarlo, dà inizio ad una sequenza normativamente cadenzata che può culminare, attraverso il giudizio di inidoneità del medico competente, nell'allontanamento del lavoratore; 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; dello stesso A. *Vaccini e rapporto di lavoro: obblighi, responsabilità e tutele*, anticipato da *Conversazioni di San Cerbone* 15.3.2021, di prossima pubblicazione in *Lavoro previdenza oggi*, il quale insiste in particolare nel dovere di solidarietà, anche per il lavoratore, esplicito negli artt 2 e 32 Cost.; POSO V.A., *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro*, in *Labor* online, 27.1.2021; DE ANGELIS, *Ragionando a caldo su vaccinazioni e rapporto di lavoro*, ivi; DE MATTEIS, *I trattamenti sanitari nelle obbligazioni contrattuali. A proposito di vaccino anti-covid*; anch'esso in *Dibattito istantaneo*; nonché *Art. 32: diritti e doveri in tema di vaccinazioni anti-covid*, in *Ilgiuslavorista* 15.2.2021, il quale fa leva sulla identità di funzione tra vaccini obbligatori e vaccini raccomandati, enunciata dalla Corte costituzionale, per dedurre un criterio di diligenza, prudenza e buona fede nelle obbligazioni contrattuali del lavoratore.

⁴³ Amplessima è la letteratura sul tema; molti contributi possono essere reperiti sul sito della rivista *Labor*, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro*, a cura di O. Mazzotta, nonché sul sito *Le conversazioni del convento di San Cerbone*, a cura di V.A. Poso; per una esposizione ragionata delle varie tesi vedi anche JERVOLINO, *Vaccinazione e pandemia tra diritto ed etica*, ivi 8/2/2021, in corso di pubblicazione su *Lavoro e previdenza oggi*.

A noi sembra che questo orientamento sia affetto da una duplice illusione cognitiva, per usare la felice espressione di Fabrizio Amendola citato a nota 10: che la libertà di cura, in quanto presidiata dall'art. 32 Cost., prevalga sull'obbligazione di sicurezza prevista da norme ordinarie; che un diritto assoluto, quale la libertà di cura, non debba tener conto dei diritti (eventualmente assoluti) degli altri soggetti collidenti con il primo.

Sul primo punto è sufficiente ricordare che la salute e sicurezza sul lavoro è presidiata da plurime norme costituzionali, tra cui proprio l'art. 32, ed è utile ricordare altresì i principi che la Corte costituzionale ha enunciato sulla portata di tale norma costituzionale, anche in relazione al rapporto di lavoro. Essi sono:

-il precetto dell'art. 32 non si esaurisce nella tutela di posizioni attive pretensive, ma postula il necessario temperamento del diritto alla salute del singolo (anche *nel suo contenuto di libertà di cura*, e quindi di vaccinarsi o meno) *con il coesistente e reciproco diritto degli altri* e con l'interesse della collettività⁴⁴, 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 temperamento 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 raccomandazione*⁴⁵.

Sulla seconda illusione cognitiva, ci pare che l'art. 32 tuteli la libertà individuale di cura, fatti salvi sempre i diritti dei terzi. Per dirla in parole povere, l'art. 32 tutela in maniera incondizionata la libertà individuale di cura alla Welby, non la scelta di por fine alla propria vita aprendo il rubinetto del gas o dando fuoco alla casa ed al condominio; in tutti i casi in cui la decisione del singolo interferisce con altri soggetti, occorre procedere ad un bilanciamento dei dati valoriali e delle relative norme di presidio, secondo un principio di responsabilità individuale.

Da quanto precede molti autorevoli studiosi deducono che nel sistema della salute e sicurezza sul lavoro esista già una trama normativa che impone l'obbligo di vaccinazione per i lavoratori che possano trasmettere il virus a terzi. La violazione di tale obbligo di legge costituisce, a nostro

⁴⁴ da ultimo ord. 5/2018, riepilogativa della giurisprudenza della Corte in tema di vaccinazioni.

⁴⁵ 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, 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. 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* cit. a nota 38.

avviso, un aggravamento del rischio di contagio per motivi del tutto personali, apprezzati negativamente dall'ordinamento, nel che risiede il rischio elettivo, che esclude la tutela infortunistica.

Infine l'Inail parifica la mancata vaccinazione alla mancata adozione dei dispositivi di protezione individuale: comportamenti egualmente colposi e, come tali, egualmente coperti dalla tutela previdenziale.

Tale comparazione non tiene conto della diversa dimensione e direzione del rischio, nonché dell'ampiezza degli obblighi del lavoratore nei confronti degli altri soggetti: con la mancata adozione dei DPI, il lavoratore crea un rischio per la propria persona nell'atto lavorativo; con la mancata vaccinazione, crea un rischio ambientale che ricade su tutte le persone in esso presenti, e della cui salute e sicurezza il lavoratore è responsabile a norma dell'art. 20 t.u. sicurezza, rischio ineluttabile contro il quale il datore, pur obbligato ad eliminarlo, sarebbe impotente (secondo le posizioni che si criticano). Dimensione del rischio che non può non riflettersi anche sulla valutazione della giustificatezza della volontà che lo ha generato e valere nel test di proporzionalità.

Conclude l'Inail: infermieri vaccinati e non vaccinati pari sono, ed hanno egualmente diritto alle prestazioni indennitarie.

Non è esattamente così. I lavoratori vaccinati non si infettano (salvo casi eccezionali), non danno perciò luogo alle prestazioni previdenziali relative, e non gravano sul bilancio dell'Inail. I lavoratori non vaccinati sono quelli che hanno maggiori probabilità di infettarsi, usufruire delle prestazioni sociali, gravare sul bilancio dell'Inail e sugli oneri contributivi ed i costi dei datori di lavoro (anche senza la oscillazione del tasso). L'effetto paradossale della direttiva è di premiare i non vaccinati, come se rifiutare un vaccino raccomandato fosse un valore ed un merito, contro il monito fatto proprio da un insigne giurista, secondo cui la disciplina della vaccinazione non deve essere premiante per coloro che la rifiutano ⁴⁶.

È una scelta, perciò si chiama rischio elettivo.

10. Conclusioni.

⁴⁶ DE LUCA TAMAJO, *Intervista di Marcello Basilio a Fabrizio Amendola, Raffaele de Luca majo e Vincenzo Antonio Poso*, in *Giustizia insieme* 30.3.2021.

In conclusione noi riteniamo l'indirizzo dell'Inail in esame non condivisibile perché:

-la nozione di rischio elettivo adottata per giustificare la copertura previdenziale degli infermieri che rifiutino il vaccino non è pertinente, perché elaborata dalla giurisprudenza di legittimità per gli *atti* compiuti nell'ambito lavorativo;

-per i rischi estranei a tale ambito, come l'infortunio in itinere, la legge (art. 12 d.lgs. 23 febbraio 2000, n. 38) e la relativa giurisprudenza adottano una nozione molto più rigorosa, che esclude dalla copertura tutti i comportamenti non coerenti con l'oggetto specifico della tutela, costituito dal percorso normale casa-lavoro, illustrati al par. 8;

-a maggior ragione tale criterio di rigore deve essere adottato per il rischio pandemico, rispetto al quale i lavoratori godono di una tutela privilegiata, e contro il quale l'intero Paese è chiamato a combattere. Nel bilanciamento dei contrapposti interessi tutelati dall'articolo 32 della costituzione, il diritto di non vaccinarsi per proprie convinzioni personali deve cedere di fronte all'interesse generale e al diritto alla salute ed alla vita degli altri cittadini che vengano a contatto con i primi. Per dirla con le parole della Cassazione “la ratio solidaristica che informa il sistema della sicurezza sociale impone una lettura delle disposizioni normative che valorizzi l'adempimento di quei doveri inderogabili che sono richiesti ai singoli quale presupposto indefettibile per la tutela dei loro diritti, a norma dell'art. 2 della costituzione”⁴⁷.

⁴⁷ Cass. 8 aprile 2021 n. 9375.