PuntoSicuro

ARTICOLO DI PUNTOSICURO

Anno 23 - numero 4878 di Mercoledì 24 febbraio 2021

COVID-19: quali possono essere le conseguenze del rifiuto di vaccinarsi?

Un contributo sugli aspetti sanitari del rischio di contagio si sofferma sull'infezione da COVID-19 come infortunio, sull'eventuale rifiuto della vaccinazione, sulle possibili conseguenze e sull'indennizzo del danno da vaccinazione.

Nei giorni scorsi abbiamo pubblicato l'articolo " COVID-19: gli aspetti sanitari dell'emergenza e il medico competente" che riporta la prima parte di un contributo dell'avvocato Rolando Dubini che si sofferma sui vari aspetti sanitari del rischio di contagio COVID-19 e che segnala che ogni decisione deve avvenire in collaborazione ed essere avvallata in modo documentato dal medico competente.

Pubblichiamo oggi la seconda parte del contributo che presenta alcune riflessioni dell'autore sulle conseguenze del rifiuto della vaccinazione, sull'infezione da COVID-19 nei luoghi di lavoro e sull'indennizzo del danno da vaccinazione.

L'articolo completo è disponibile per gli abbonati in area riservata:

Avv. Rolando Dubini - Test sierologici, tamponi, vaccini e aspetti sanitari della valutazione del rischio di contagio COVID-19 ? parte prima e parte seconda.

In questa seconda parte, verranno affrontati i seguenti temi:

- La vaccinazione e le conseguenze del rifiuto
- Infezione da COVID-19 contratta da un lavoratore e l'INAIL
- L'analisi di Raffaele Guariniello: "Chi non si vaccina può essere licenziato"
- L'indennizzo del danno da vaccinazione

Pubblicità
<#? QUI-PUBBLICITA-SCORM1-[EL0703] ?#>

La vaccinazione e le conseguenze del rifiuto

Qualora il lavoratore rifiuti di sottoporsi alla vaccinazione il medico competente, in base al protocollo sanitario che ha elaborato in precedenza, emetterà un giudizio di inidoneità temporanea o permanente alla mansione (nel caso del Covid-19 in correlazione

alla situazione epidemiologica).

A questo punto entra in gioco una precisa regola del D.Lgs. n. 81/2008:

Articolo 42 - Provvedimenti in caso di inidoneità alla mansione specifica

1. Il datore di lavoro, anche in considerazione di quanto disposto dalla legge 12 marzo 1999, n. 68, in relazione ai giudizi di cui all'articolo 41, comma 6 [ ]idoneità con limitazioni, inidoneità temporanea o permanente], attua le misure indicate dal medico competente e qualora le stesse prevedano un'inidoneità alla mansione specifica adibisce il lavoratore, ove possibile, a mansioni equivalenti o, in difetto, a mansioni inferiori garantendo il trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza.

Dunque il datore di lavoro ha l'obbligo legale di individuare una mansione che non esponga al rischio il lavoratore, ove possibile, se non è possibile, viene meno il presupposto per la prosecuzione del rapporto di lavoro. Contro tale giudizio è sempre possibile il ricorso, entro 30 giorni, da parte del lavoratore all'organo di vigilanza dell'ASL/ATS (servizio Sicurezza sul lavoro, che ha varie denominazioni a seconda della Regione), che potrà confermare, revocare o modificare il giudizio. Nell'impossibilità di essere adibito ad altre mansioni, si pensi all'infermiere, in caso di rifiuto della vaccinazione il datore di lavoro che non può più avvalersi della prestazione lavorativa del dipendente può ovviamente valutare l'ipotesi del **licenziamento per giusta causa**. Fatto salvo il fatto che attualmente i licenziamenti sono sospesi.

Infezione da COVID-19 contratta da un lavoratore e l'INAIL

Nel caso di una infezione da COVID-19 contratta da un lavoratore, l'INAIL, come per le altre patologie da agenti biologici, la qualifica come infortunio sul lavoro (eventualmente infortunio in itinere) e non come malattia professionale (l'unica eccezione a questa regola è la tubercolosi).

Il Testo Unico delle disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali (D.P.R. n. 1124/1965. - T.U. INAIL), individua "gli elementi oggettivi necessari affinché un evento possa essere configurato come infortunio sul lavoro:

1. la causa violenta;
2. l'occasione di lavoro;
3. la lesione come conseguenza dell'evento".

La **causa violenta**, dispone il Testo Unico, "consiste in un evento che con forza concentrata e straordinaria agisca, in occasione di lavoro, dall'esterno verso l'interno dell'organismo del lavoratore, dando luogo ad alterazione lesive": la causa violenta "rappresenta il fattore idoneo a distinguere l'infortunio sul lavoro dalla malattia professionale".

Secondo la giurisprudenza di legittimità la causa violenta, richiesta dall'art. 2 del D.P.R. n. 1124/1965 per l'indennizzabilità dell'infortunio sul lavoro, consiste "in un evento che con forza concentrata e straordinaria agisca, in occasione di lavoro, dall'esterno verso l'interno dell'organismo del lavoratore, dando luogo ad alterazioni lesive" (Cass., 29 agosto 2003, n. 12685); si tratta, cioè "di un fattore che opera dall'esterno, con azione intensa e concentrata nel tempo" (Cass., 14 gennaio 1987, n. 221), ovvero rapida.

La causa dell'infortunio è rilevante ai fini assicurativi se è esterna, in quanto connessa all'ambiente di lavoro, e rapida, ovvero concentrata "in un brevissimo arco temporale" (cfr. Cass., 20 giugno 2006, n. 14119).

La **rapidità della causa del danno** distingue l'infortunio sul lavoro dalla malattia professionale, che è, viceversa, causata da una "causa lenta": "*la nozione attuale di causa violenta comprende qualsiasi fattore presente nell'ambiente di lavoro, in maniera esclusiva o in misura significativamente diversa che nell'ambiente esterno, il quale, agendo in maniera concentrata o lenta, provochi (nel primo caso) un infortunio sul lavoro o (nel secondo) una malattia professionale*" (Cass., 30 agosto 2010, n. 18852; Cass., 26 maggio 2006, n. 12559).

Da notare che è espressamente qualificata dalla legge come infortunio sul lavoro l'infezione carbonchiosa (art. 2, comma 2, D.P.R. n. 1124/1965).

La Corte Costituzionale poi, con sentenza 17 giugno 1987, n. 226, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2 del D.P.R. n. 1124/1965 nella parte in cui non comprende tra i casi di infortunio sul lavoro anche l'evento dannoso da infezione malarica.

Era dunque inevitabile che nel **caso di contagio** da Covid-19 il legislatore si uniformasse alle stesse regole applicate ai casi di eventi infettivi e parassitari, che li configurano come derivanti da causa violenta, e dunque infortuni sul lavoro.

Già il testo Unico n. 51 del 31 Gennaio 1904, riordinando tutta la precedente normativa in materia di infortuni sul lavoro, estendeva la prima forma di tutela anche ad alcune lavorazioni agricole e sebbene conservasse ancora il carattere della contrattualità assicurativa, introduceva di fatto alcuni elementi indice di un iniziale Stato Sociale. Nel suddetto T.U. n. 51/1904, il legislatore indicava l'evento coperto dalla assicurazione con la formula: "...l'infortunio che avvenga per causa violenta in occasione di lavoro". La dizione "causa violenta" veniva introdotta per la prima volta in questa normativa al fine di circoscrivere il risarcimento ai soli fatti derivanti da situazioni di rischio lavorativo, dovuti a causa accidentale e di rapida azione. In tal modo veniva ben differenziato l'Infortunio lavorativo dalla malattia Professionale che, al contrario, era conseguenza inevitabile di determinate lavorazioni e proveniente da cause patogene ad azione lenta e progressiva.

L'assimilazione della **causa virulenta** di natura biologica con la **causa violenta**, contemplata a pieno titolo nell'ambito delle cause determinanti un evento infortunistico lavorativo, era stata ammessa sin dal 1910 anche dalla Giurisprudenza della Corte di Cassazione di Torino la quale in una specifica sentenza aveva considerato infortunio lavorativo il **carbonchio** manifestatosi in operaio addetto al trasporto di pelli. Né mancavano ulteriori pronunciamenti della Corte Medesima in epoche successive come confermato dalla sentenza del 31 Ottobre 1921, FFSS/Migliori, in cui affermava: ".. nella causa violenta è compresa anche la causa virulenta e che esiste infortunio ogni qual volta il lavoro abbia esposto l'operaio a quella causa". La validità dello stesso principio era successivamente riconosciuta dal Legislatore dapprima nel R.D. n. 328 del 13 Maggio 1929 quindi nel citato art. 2 del T.U. n. 1765 del 17 Agosto 1935 allorché sanciva doversi considerare il carbonchio.

L'art. 42 del cosiddetto "**Decreto Cura Italia**", il DL n. 18/2020 convertito con modificazioni dalla legge n. 27 del 24 aprile 2020 sancisce il riconoscimento della tutela infortunistica INAIL nei casi accertati di infezione da Covid-19 in occasione di lavoro.

Ciò in quanto presuppone che la causa del contagio sia stata "violenta", ovvero concentrata nel tempo (massimo un turno di lavoro), o avvenuta in occasione di lavoro o anche in itinere (ad es. contagio su mezzi di trasporto pubblici affollati nel tragitto tra l'abitazione e il luogo di lavoro).

Facciamo ora un passo avanti.

Nel **caso in cui un lavoratore rifiuti il vaccino anticovid**, senza giustificazioni sanitarie certificate, in presenza dell'indicazione da parte del medico competente della necessità di sottoporsi a vaccinazione come requisito di idoneità alla mansione, previa dichiarata messa a disposizione del vaccino da parte del datore di lavoro, **si pone il problema del riconoscimento Inail della malattia da COVID come conseguenza di infortunio sul lavoro e quindi all'indennizzo per l'inabilità temporanea, o permanente**.

Inizialmente l'orientamento giurisprudenziale maggioritario affermava che l'occasione di lavoro di cui all'art. 2 del T.U. includesse tutte le condizioni socio-economiche in cui l'attività lavorativa si svolgeva e nelle quali fosse insito un rischio di danno per il lavoratore, indipendentemente dal fatto che tale danno provenisse dall'apparato produttivo o dipendesse da terzi o da fatti e situazioni proprie del lavoratore, con il solo limite del c.d. rischio elettivo. In seguito la giurisprudenza ha esteso l'area dell'indennizzabilità dell'infortunio subito dall'assicurato anche all'**ipotesi del rischio improprio**, ovvero quello non intrinsecamente connesso allo svolgimento delle mansioni tipiche del lavoro prestato dal dipendente 'ma insito in un'attività prodromica e strumentale allo svolgimento delle suddette mansioni e, comunque, ricollegabile al soddisfacimento di esigenze lavorative' (Cass. civ., sez. lavoro, 14 ottobre 2015, n. 20718).

Dunque ai fini della indennizzabilità Inail **non è richiesto che l'evento lesivo sia avvenuto nell'espletamento delle mansioni cui il lavoratore è tipicamente adibito, essendo sufficiente che lo stesso sia occorso durante lo svolgimento di ''attività strumentali o accessorie**". In tal modo emerge con chiarezza che il concetto di occasione di lavoro segna un discrimine tra infortunio e malattia professionale, la quale ultima è configurabile non se l'evento lesivo è semplicemente occasionato dall'attività lavorativa, ma solo se l'evento è in un rapporto causale, o concausale, diretto con il rischio professionale.

Appare peraltro evidente che la complessa situazione virale della pandemia COVID-19 rende difficile dimostrare l'origine professionale del contagio, ovvero se sia avvenuto durante l'attività lavorativa, in itinere, ovvero durante la vita privata.

Tuttavia vi sono categorie di lavoratori per le quali la norma prevede la **presunzione di origine professionale dell'evento lesivo**.

Con la circolare n. 13/2020 l'Inail ha introdotto, esclusivamente ai fini assicurativi e in modo completamente autonomo, indipendente ed estraneo ad eventuali profili di responsabilità civile e penale, una "**presunzione semplice di origine professionale del contagio da Covid-19 operante a favore di alcune categorie di lavoratori**, sulla scorta del fatto che, su di essi, insisterebbe una maggiore esposizione al rischio in ragione delle particolari mansioni cui sono adibiti".

Tale criterio della presunzione semplice "consente, a determinate condizioni, di ricomprendere nella protezione assicurativa casi in cui l'identificazione delle precise cause del contagio si presenti di difficile attuazione".

La Circolare 13 afferma che gli **operatori sanitari** sono "esposti a un elevato rischio di contagio, aggravato fino a diventare specifico. Per tali operatori vige, quindi, la presunzione semplice di origine professionale, considerata appunto la elevatissima probabilità che gli operatori sanitari vengano a contatto con il nuovo coronavirus".

Questo non significa che per tutti gli operatori sanitari contagiati si verifica in automatico l'ipotesi di infortunio: l'Inail

comunque verifica, ad esempio, la compatibilità temporale del periodo di incubazione, il contatto con un soggetto in condizioni tali da trasmettere il contagio, così come l'esclusione o meno di esclusione di comportamenti extraprofessionali "a rischio".

La Circolare INAIL n. 13 aggiunge, inoltre, che:

"*A una condizione di elevato rischio di contagio possono essere ricondotte anche altre attività lavorative che comportano il costante contatto con il pubblico/l'utenza. In via esemplificativa, ma non esaustiva, si indicano: lavoratori che operano in front-office, alla cassa, addetti alle vendite/banconisti, personale non sanitario operante all'interno degli ospedali con mansioni tecniche, di supporto, di pulizie, operatori del trasporto infermi, etc. Anche per tali figure vige il principio della presunzione semplice valido per gli operatori sanitari*".

L'analisi di Raffaele Guariniello: "Chi non si vaccina può essere licenziato"

Raffaele Guariniello chiarisce che "tutelare la salute significa vaccinare il maggior numero possibile di persone" (intervista a Il Fatto Quotidiano del 24.12.2020). Raffaele Guariniello precisa che "non è un'indicazione 'morale', è ciò che prevede la legge. Il principio per cui nessuno può essere obbligato a un trattamento sanitario se non per disposizione di legge è previsto dalla Costituzione.

L'art. 279 del Testo Unico della Sicurezza sul Lavoro [D.Lgs. n. 81/2008] impone al datore di lavoro di mettere a disposizione 'vaccini efficaci per quei lavoratori che non sono già immuni all'agente biologico, da somministrare a cura del medico competente'.

Il Covid-19 rientra tra gli agenti biologici, peraltro [compreso nel gruppo 3, e dunque] uno dei più insidiosi, come stabilito da due decreti legge che hanno recepito la direttiva europea (UE) 2020/739 del 3 giugno 2020. Quindi, a norma di legge, essendo - come speriamo tutti - ora a disposizione un vaccino per il Covid (l'agente biologico), il datore di lavoro è tenuto a mettere 'a disposizione' vaccini efficaci. Stiamo parlando di milioni e milioni di persone, dipendenti (e non) privati e pubblici".

Se è vero che la legge dice 'mettere a disposizione' - precisa Guariniello - e dunque non obbliga nessuno a vaccinarsi, è anche "vero che la stessa norma impone al datore di lavoro 'l'allontanamento temporaneo del lavoratore' in caso di inidoneità alla mansione 'su indicazione del medico competente'. E come può il medico non esprimere un giudizio di inidoneità se il datore di lavoro, proprio su parere del medico competente, ha messo a disposizione il vaccino, poi rifiutato dal lavoratore? La sorveglianza sanitaria non serve solo a tutelare il singolo lavoratore, ma anche tutti gli altri. La Corte Costituzionale lo ha ribadito più volte: la tutela della salute è un **diritto dell'individuo** e un **interesse della collettività**. La legge prevede l'obbligo di allontanare il lavoratore e di adibirlo ad altra mansione, ma solo 'ove possibile'. La Cassazione ritiene che tale obbligo di 'repechage' (ripescaggio) non può ritenersi violato quando la ricollocazione del lavoratore in azienda non è compatibile con l'assetto organizzativo stabilito dall'azienda stessa. Insomma, il datore di lavoro è obbligato a predisporre misure organizzative per tutelare il lavoro, ma se questo non è possibile si rischia la rescissione del rapporto di lavoro".

Alla domanda se il rifiuto della vaccinazione può essere dunque giusta causa di licenziamento, Guariniello ha risposto in modo netto: "Lo stato di emergenza non consente i licenziamenti, il lavoratore fragile ha diritto allo smart working. Ma in futuro il problema potrebbe presentarsi. Qualcuno potrebbe lamentare la violazione della libertà personale di non sottoporsi al vaccino. Potrebbe sì, ma per avere ragione dovrebbe prima cambiare la legge. Altrimenti la normativa è chiara nel prevedere la messa a

disposizione del vaccino, l'allontanamento e la destinazione ad altra mansione 'ove possibile' del lavoratore che si rifiuti inidoneo". Con nota del 24 giugno 2020 l'Ispettorato Nazionale del Lavoro ha chiarito che la causale covid-19 di divieto di licenziamento si applica anche alla inidoneità sopravvenuta alla mansione.

L'avvocato Maria Grazia Cavallo, legale di riferimento di alcune Rsa piemontesi per le questioni Covid ha, nello stesso senso, chiarito che il personale delle Rsa che non dovesse sottoporsi al vaccino contro il Covid dovrebbe essere trasferito dal datore di lavoro a mansioni "che siano prudentemente distanziate dagli ospiti e tali da non generare contatti rischi di contaminazione". Se questo non fosse possibile "i lavoratori sarebbero da considerare inidonei alle mansioni di assistenza agli anziani" (ANSA).

Nel frattempo due volontarie della Croce Rossa Italiana di Feltre, in provincia di Belluno, sono state sospese dal servizio sulle ambulanze per essersi rifiutate di vaccinarsi contro il Covid-19.

Il presidente del comitato locale, Andrea Zabot, ha dichiarato che "abbiamo solo due casi, ma potrebbero essercene molti di più" e che i volontari "non possono essere obbligati" a vaccinarsi perché la somministrazione è su base volontaria. Ma, visto il rischio che rappresentavano per i pazienti, hanno preferito allontanarle dal servizio sulle ambulanze. Una delle due ha detto di non sapere nulla circa la decisione del comitato. "Non ho niente da dire in merito, voglio conoscere i fatti direttamente dal mio presidente. Non ho nulla da dichiarare se non in presenza di un mio legale". Le volontarie non potranno più fornire assistenza diretta ai pazienti, ma saranno impiegate in altre attività "finché non finisce la pandemia o non c'è più il pericolo di prendere il Covid-19?, ha detto il presidente. Una delle due infermiere sospese è inoltre risultata positiva al coronavirus e potrà tornare in servizio una volta sviluppati gli anticorpi. Almeno per 90 giorni, poi dovrebbe sottoporsi al vaccino. Quello di Feltre non è, però, il primo episodio in cui un operatore sanitario si rifiuta di aderire alla campagna vaccinale. Già a fine dicembre La Stampa aveva riportato il caso di un'infermiera di una Rsa del Torinese che si era rifiutata di vaccinarsi: "Mi disturba l'idea dell'obbligatorietà", aveva spiegato la donna. Ma ancora più clamore aveva fatto la notizia in arrivo dalla Germania di sette infermieri che erano stati licenziati per essersi rifiutati di sottoporsi al vaccino. I fatti si sono verificati in una struttura sanitaria a Dessau, città nel Land della Sassonia-Anhalt. (fonte: Fatto Quotidiano 2 febbraio 2021).

In Germania invece dopo un inutile un ultimatum di tre giorni, entro i quali dovevano decidere se tornare sui loro passi e farsi somministrare il vaccino anti-Covid, sette **infermieri** di un servizio a domicilio (Pflegedienst) per anziani a Dessau, nel land tedesco di Sassonia-Anhalt, hanno rifiutato di farsi inoculare la dose del medicinale Pfizer-Biontech, e sono stati licenziati. I dipendenti licenziati hanno dichiarato: "Ci è stato dato un ultimatum di tre giorni per oggi alle 12 e poco dopo quell'ora abbiamo ricevuto la lettera di licenziamento". Nel land non è prevista la vaccinazione obbligatoria contro il coronavirus, e alcuni dei dipendenti che hanno perso il lavoro presso il servizio infermieristico di Dessau starebbero pensando di fare causa. Parlando all'emittente statale Mdr-SachsenAnhalt, gli infermieri hanno affermato di non essere contrari alla vaccinazione, ma solo di aver "bisogno di più tempo per pensarci". Ma Rene Willmer, della direzione del servizio infermieristico, non riesce a capire l'esitazione dei suoi ex dipendenti: "Penso che tutti coloro che lavorano nell'assistenza infermieristica dovrebbero avere abbastanza buon senso da sapere che la vaccinazione è importante e che deve essere fatta", ha detto a Mdr (fonte: Fatto Quotidiano 19 gennaio 2021).

L'indennizzo del danno da vaccinazione

La vaccinazione costituisce un'importante attività di **prevenzione dalle malattie infettive**.

Il procedimento consiste nella somministrazione in forma controllata di una sostanza contenente gli antigeni ? batteri e virus morti o depotenziati o rna ? che innescano una risposta immunitaria dell'organismo, sollecitandolo alla produzione di anticorpi che contrastano efficacemente un eventuale futuro contatto con l'agente patogeno.

Come qualunque altro trattamento medico, anche i vaccini possono avere effetti indesiderati, generalmente di lieve entità e/o transitori, ma si sono verificati anche, raramente, effetti gravi e permanenti.

Dal punto di vista legale gli effetti indesiderati (danni) sono quelli prevedibili ed evitabili e quelli non prevedibili e, quindi, non evitabili.

Il **danno da vaccinazioni** è l'indennizzo che spetta al soggetto danneggiato da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazioni di emoderivati.

La **Legge n. 210 del 25 febbraio 1992** (Indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazioni di emoderivati) per prima riconosce a coloro i quali abbiano riportato una menomazione psicofisica permanente, in conseguenza della vaccinazione obbligatoria ex lege o per ordinanza dell'autorità sanitaria, un indennizzo da parte dello Stato.

La **Legge n. 299 del 2005** introduce un ulteriore indennizzo (di maggior entità) a sostengo della persona danneggiata a cause delle complicanze delle vaccinazioni obbligatorie, elargito "per la metà al soggetto danneggiato e per l'altra metà ai congiunti che prestano o abbiano prestato assistenza in maniera prevalente e continuativa" (art. 1, legge n. 299/2005).

Il **Decreto del Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali del 21 ottobre 2009**, stabilisce criteri per la formazione delle graduatorie finalizzate all'erogazione dei benefici. Il Ministero provvede alla corresponsione di un indennizzo aggiuntivo, nonché di un assegno una tantum di importo pari al 50% dell'ulteriore indennizzo per il periodo compreso tra il manifestarsi dell'evento dannoso e l'ottenimento del beneficio medesimo.

Va chiarito che l'indennizzo previsto dalla legge n. 210 del 1992, comunque, non pregiudica al soggetto danneggiato dalla vaccinazione, il diritto di agire per la richiesta di ulteriori danni subiti, che presuppone, tuttavia, l'accertamento di una responsabilità, per dolo o colpa, ai sensi dell'**art. 2043 cod. civ**.

Il sistema della responsabilità civile poggia su criteri di imputazione oggettiva e soggettiva (artt. 2043, 2049 e 2050 cod. civ.) che tuttavia richiedono l'accertamento da parte dell'autorità giudiziaria.

La **Corte Costituzionale** ha sottolineato che "se il rilievo costituzionale della salute come interesse della collettività (art. 32 della Costituzione) giustifica l'imposizione per legge di trattamenti sanitari obbligatori, esso non postula il sacrificio della salute individuale a quella collettiva. Cosicché, ove tali trattamenti obbligatori comportino il rischio di conseguenze negative sulla salute di chi a essi è stato sottoposto, il dovere di solidarietà previsto dall'art. 2 della Costituzione impone alla collettività, e per essa allo Stato, di predisporre in suo favore i mezzi di una protezione specifica consistente in una "equa indennità", fermo restando, ove ne realizzino i presupposti, il diritto al risarcimento del danno" (Cort. Cost. n. 27/1998).

Mentre in un primo tempo l'indennizzo era riconosciuto solo per le vaccinazioni obbligatorie, a seguito della sentenza Corte Costituzionale n. 107/2012 è stato esteso anche ai vaccini non obbligatori ma "consigliati" dalle autorità sanitarie (es. campagna di sensibilizzazione): "In un contesto di irrinunciabile solidarietà la misura indennitaria appare per se stessa destinata non tanto, come quella risarcitoria, a riparare un danno ingiusto, quanto piuttosto a compensare il sacrificio individuale ritenuto corrispondente a un vantaggio collettivo: sarebbe, infatti, irragionevole che la collettività possa, tramite gli organi competenti, imporre o anche solo sollecitare comportamenti diretti alla protezione della salute pubblica senza che essa poi non debba reciprocamente rispondere delle conseguenze pregiudizievoli per la salute di coloro che si sono uniformati" (Cort. Cost. n.

107/2012).

Successivamente la sentenza della Corte di Cassazione n. 11339 del 10 maggio 2018 ha stabilito che la tutela tramite risarcimento del danno per vaccinazioni con effetti degenerativi ha valore retroattivo anche per quelle non obbligatorie, richiamando la **sentenza della Corte costituzionale n. 27/1998** che aveva dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione degli articoli 2 e 32 della Costituzione, l'articolo 1, comma 1, della legge n. 210/1992 nella parte in cui non prevedeva il diritto all'indennizzo in favore dei soggetti sottoposti a vaccinazione antipoliomelitica nel periodo di vigenza della legge 30 luglio 1959 n. 695, recante "Provvedimenti per rendere integrale la vaccinazione antipoliomelitica".

In definitiva, afferma la Suprema Corte, non è costituzionalmente lecito, sulla base degli articoli 2 e 32 della Costituzione, richiedere che il singolo esponga a rischio la propria salute per un interesse collettivo, senza che la collettività stessa sia disposta a condividere, come è possibile, il peso delle eventuali conseguenze

Titolare del diritto indennitario non è solamente il soggetto a cui è stato inoculato il vaccino (o i suoi aventi causa), ma anche coloro che abbiano riportato danni a causa del contatto con una persona vaccinata (c. 4, art. 1, L. 210/92)

L'indennizzo, ex art. 2 della legge 210/92, è costituito da un assegno reversibile per quindici anni, cumulabile con ogni altro emolumento a qualsiasi titolo percepito e rivalutato annualmente. Nel caso in cui dal vaccino derivi la morte, l'avente diritto può scegliere tra l'assegno reversibile o una somma una tantum di ? 77.468,53.

Come già indicato la Legge n. 299/2005 ha introdotto un ulteriore indennizzo in favore delle persone danneggiate da complicanze di tipo irreversibile verificatesi a seguito di vaccinazioni obbligatorie. L'entità di tale indennizzo è notevolmente superiore rispetto a quello previsto dalla Legge n. 210/92, al quale si somma, ed è corrisposto "per la metà al soggetto danneggiato e per l'altra metà ai congiunti che prestano o abbiano prestato al danneggiato assistenza in maniera prevalente e continuativa" (art. 1, L. n. 299/05).

Il diritto all'indennizzo si prescrive in tre anni e deve essere richiesto con apposita domanda indirizzata all'A.S.L. di appartenenza, la quale invia l'istanza alla Commissione medica ospedaliera (CMO), che a sua volta provvede a convocare a visita il soggetto interessato. Provvede inoltre ad esaminare la documentazione sanitaria, redige il giudizio sul nesso causale tra l'infermità e la trasfusione, sulla categoria di ascrizione dell'infermità e sulla tempestività della domanda. Il verbale della CMO è successivamente notificato al richiedente: entro il termine di trenta giorni è possibile presentare ricorso gerarchico al Ministero della salute, o entro un anno ricorso giurisdizionale al Tribunale sez. lavoro.

Va sottolineato l'obbligo per i soggetti danneggiati da vaccinazioni già titolari dei benefici ex lege n. 210/92, ed aventi in corso contenzioso giudiziale di qualsiasi ordine e grado ?ivi compresa la fase esecutiva- di rinunciare con atto formale alla prosecuzione del giudizio per poter accedere ai benefici della Legge n. 299/05.

Invece il risarcimento del danno subito opera solo nel caso in cui il danno patito (effetto indesiderato) poteva essere previsto e, quindi, era possibile evitarlo: il danno è risarcibile solo se vi è il dolo o la colpa di chi ha preparato o somministrato il vaccino, Se non ricorrono questi presupposti è possibile il solo indennizzo statale.

La responsabilità per il danno può essere ricondotta a soggetti diversi, a seconda dell'eziologia del danno.

Il **primo caso** si verifica quanto l'effetto indesiderato sia causato da una intrinseca pericolosità del vaccino, in tal caso la responsabilità ricadrà senz'altro nei confronti del Ministero della Salute, per aver messo a disposizione un medicinale dannoso per la salute.

La giurisprudenza della Suprema Corte ha chiarito che la responsabilità civile del Ministero della salute per i danni conseguenti alla vaccinazione, che si sovrappone a quella per emotrasfusioni, "non è inquadrabile nell'ipotesi di cui all'art. 2050 c.c., non potendosi ritenere di per sé come attività pericolosa, e va ricompresa nella previsione generale dell'art. 2043 c.c." (Cass n. 9406/2011).

In tale contesto sarà il danneggiato che dovrà farsi carico della prova sul nesso causale tra vaccino e danno: al riguardo la Cassazione si è espressa sul valore probatorio del Verbale della Commissione Medica reso nella procedura per il riconoscimento dell'indennizzo.

Le Sezioni Unite hanno statuito che "al di fuori del procedimento amministrativo per la concessione dell'indennizzo di cui alla legge, tali verbali hanno lo stesso valore di qualunque altro verbale redatto da un pubblico ufficiale fuori dal giudizio civile ed in questo prodotto. Pertanto essi fanno prova, ex art. 2700 c.c., dei fatti che la commissione attesta essere avvenuti in sua presenza, o essere stati dalla stessa compiuti, mentre le valutazioni, le diagnosi o comunque le manifestazioni di scienza o di opinione in essi contenute costituiscono materiale indiziario soggetto al libero apprezzamento del giudice, il quale può valutarne l'importanza ai fini della prova, ma non può mai attribuire a loro il valore di vero e proprio accertamento" (Cass. S.U. n. 577/08).

Il **secondo caso** riguarda la circostanza nella quale l'effetto indesiderato si è verificato per un'interazione dannosa tra farmaco ed organismo dovuta ad una inidoneità fisica dello specifico paziente (soggetto particolarmente debilitato, malattie congenite o allergie conosciute o conoscibili ai componenti del vaccino, insomma particolare sensibilità individuale): in tal caso la responsabilità ricadrà sul personale sanitario che ha somministrato il vaccino per non aver valutato correttamente lo stato di salute del soggetto da vaccinare.

In tal caso la responsabilità è contrattuale o da contatto sociale, e si applicheranno gli artt. 1218 e ss. c.c. (responsabilità per inadempimento delle obbligazioni) nell'ambito del rapporto tra paziente, medico e struttura sanitaria alla quale il medico afferisce.

L'indennizzo ha natura "assistenziale" ma non preclude la possibilità di agire giudizialmente per chiedere il risarcimento del danno subito ed i due strumenti risultano essere alternativi tra di essi (Cass. Civ., Sez. III, 12 novembre 2003, n. 17047).

I due rimedi, pur essendo cumulabili, non possono condurre ad un ingiustificato arricchimento patrimoniale del danneggiato: sarà necessario operare uno scomputo di quanto eventualmente già incassato a titolo di risarcimento, ovvero di indennizzo; sebbene abbiano titolo giuridico diverso è doveroso tenere in considerazione il cd. principio della *compensatio lucri cum damno*, secondo cui l'indennizzo dev'essere scomputato interamente dagli importi liquidabili a titolo di risarcimento del danno (Cass. Civ., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 584).

Ebbene, con la recente **sentenza della Corte Costituzionale la numero 268 del 2017** si conferma la l'estensione dell'ambito applicativo della L. 210/92 anche nei confronti dei soggetti che abbiano subito lesioni od infermità per essere stati sottoposti a vaccini non obbligatori, purché incentivati dallo Stato. In quanto, secondo la sentenza richiamata, "sarebbe ingiusto consentire che siano i singoli danneggiati a sopportare il costo del beneficio anche collettivo".

Va notato che con riferimento all'attività del medico di base, la Cassazione ha recentemente ribadito che in tema di danni imputabili all'attività dei medici dipendenti di una A.S.L. la responsabilità è contrattuale e legittimata passiva è la medesima Azienda Sanitaria (Cass. n. 10629/14).

In ordine all'onere della prova, trattandosi di responsabilità contrattuale, "l'attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare il contratto (o il contatto sociale) e l'aggravamento della patologia o l'insorgenza di un'affezione ed allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato" (...) "Competerà al debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante" (Cass. S.U. n. 577/08).

Per quanto attiene il recente vaccino anti Covid-19 di Pfeizer Biontech, il modulo di consenso contiene quattro frasi contro le quali si sono scagliati gli strali dei critici: «Il vaccino potrebbe non proteggere completamente tutti coloro che lo ricevono...(pag. 9), «Il vaccino può causare reazioni avverse...(segue l'elenco a pag. 10), «L'elenco di reazioni avverse sovraesposto non è esaustivo di tutti i possibili effetti indesiderati che potrebbero manifestarsi durante l'assunzione del vaccino Pfizer (pag. 11), «Non è possibile al momento prevedere danni a lunga distanza (pag. 11)», che sono invece dichiarazioni assolutamente sensate. D'altra parte basta leggere i bugiardini di qualunque farmaco normalmente utilizzato per rendersi conto della situazione, che viceversa non giustifica l'allarmismo diffuso ad arte per motivi che esulano gli scopi di questa riflessione.

Rolando Dubini, avvocato in Milano, cassazionista

L'articolo completo è disponibile per gli abbonati in area riservata:

Avv. Rolando Dubini - Test sierologici, tamponi, vaccini e aspetti sanitari della valutazione del rischio di contagio COVID-19 ? parte prima e parte seconda.

Leggi gli altri articoli di Rolando Dubini

Questo articolo è pubblicato sotto una Licenza Creative Commons.

www.puntosicuro.it