PuntoSicuro

ARTICOLO DI PUNTOSICURO

Anno 23 - numero 4895 di Venerdì 19 marzo 2021

Se gli operatori sanitari rifiutano la vaccinazione anti-covid

Un documento si sofferma sul caso degli infermieri che rifiutano il vaccino anti-covid e critica le posizioni assunte dall'Inail. La nozione di rischio elettivo nel mondo del lavoro, il diritto alla salute, l'obbligatorietà e la raccomandazione.

Lucca, 19 Mar ? Una dei temi più delicati in questa fase dell'emergenza COVID-19 caratterizzata sia dall'arrivo dei vaccini, sia dalla recrudescenza della diffusione del virus e delle sue varianti, è quello dell'eventuale **rifiuto della vaccinazione** da parte di un lavoratore e, in particolare da parte di un **operatore sanitario**.

Un tema a cui abbiamo dedicato già diversi articoli, anche specifici relativi agli operatori sanitari, e che vede confliggere opinioni e posizioni giuridiche diverse.

Le discussioni si sono occupate in particolare del caso relativo all'ospedale policlinico **San Martino di Genova** che si è ritrovato con diversi infermieri che hanno rifiutato di sottoporsi al vaccino anti-covid. In relazione a questo fatto la direzione dell'ospedale ha chiesto informazioni e direttive al Dipartimento salute servizi sociali della Regione Liguria e alla sede Inail territoriale per capire se e quali provvedimenti dovessero essere adottati nei confronti dei lavoratori che non aderiscano al piano vaccinale anti-covid.

Ad occuparsi, partendo da questo caso, della risposta dell'Inail e di cosa si debba intendere in relazione ad un infortunio per rischio elettivo è un documento di **Aldo De Matteis**, Presidente onorario aggiunto della Suprema Corte di Cassazione, con riferimento alle conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera (1928/2007), uno dei uno dei punti di riferimento del diritto del lavoro, e promosse e coordinate da Vincenzo Antonio Poso in relazione al Gruppo delle Conversazioni sul lavoro del Convento di San Cerbone.



Ci soffermiamo dunque oggi sull'intervento di Aldo De Matteis "**Infermieri che rifiutano il vaccino anti-Covid: dove l'Inail sbaglia**", aggiornato al 7 marzo 2021, con particolare riferimento ai seguenti argomenti:

- Il rifiuto di sottoporsi a vaccino e la risposta dell'Inail
- La nozione di rischio elettivo nel mondo del lavoro
- Il rischio elettivo, il diritto alla salute, l'obbligo e la raccomandazione

Pubblicità
<#? QUI-PUBBLICITA-SCORM1-[EL0702] ?#>

Il rifiuto di sottoporsi a vaccino e la risposta dell'Inail

Il documento ricorda che alla richiesta di indicazioni dell'Ospedale San Martino di Genova ha risposto l'Inail. E la risposta dell'Inail (Direzione centrale rapporto assicurativo) "si sofferma sulla nozione di **rischio elettivo** per verificare se questo possa ricorrere nel rifiuto di vaccinarsi; riportati i requisiti indicati da alcune sentenze di legittimità, perviene alla conclusione che il comportamento degli infermieri che rifiutano il vaccino non può costituire rischio elettivo, per mancanza del carattere della arbitrarietà; pertanto infermieri vaccinati e non vaccinati pari sono ed hanno diritto entrambi alla tutela assicurativa, se infettati in occasione di lavoro". Ricordiamo che il rischio elettivo è una delle cause di esclusione dalla tutela infortunistica INAIL del lavoratore.

Tuttavia, indica De Matteis, il "percorso argomentativo e le conclusioni dell'Inail meritano qualche riflessione".

Si ricorda poi che se il virus SARS-CoV-2 costituisce una infezione pandemica e un rischio generico di tutta la popolazione, e "come tale sottratto alla tutela infortunistica", in realtà "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**".

Ed è questa nozione che "è alla base della scala presuntiva di rischio covid elaborata dall'Inail con la circolare 13/2020".

La nozione di rischio elettivo nel mondo del lavoro

Il giurista riporta una lunga trattazione di cosa sia il **rischio elettivo** ricordando che 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". E "la colpa del lavoratore, anche grave, nella causazione dell'infortunio non esclude il diritto alle prestazioni".

L'intervento riporta poi un interessante excursus sull'evoluzione nel tempo del sistema normativo sottolineando che il **sistema di tutela infortunistica** "costituisce un esempio mirabile di creazione circolare del diritto, con il concorso di molteplici fattori, sociali e istituzionali". 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".

Si ricordano diversi di questi strumenti con riferimento alle circolari e istruzioni operative con cui "ha esteso a casi analoghi i principi da esse enunciati nella fattispecie sottoposta a giudizio" (ad esempio riguardo ai 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"). Un ultimo esempio è la stessa 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 circostanti; circolare che ha costituito l'unica fonte regolatrice del rischio di contagio nei vari ambienti lavorativi". Dunque l'Inail è "dotato dei poteri e della capacità di interpretazione e di indirizzo".

Riguardo poi al vuoto di direttive e indicazioni in merito al tema del rifiuto/obbligo vaccinale, De Matteis ricorda che la dottrina ha cercato di colmare tale silenzio "con **innumerevoli contributi di analisi e proposte ricostruttive**, ovviamente differenziate. Molti Autori ritengono che sussista una **contraddizione frontale** tra l' obbligo di vaccinazione, che presuppone, ai sensi dell'art. 32, comma 2, della Costituzione una espressa disposizione di legge, che nella specie manca, e l'obbligo di sicurezza che grava sul datore di lavoro ex art. 2087 c.c. ed il correlato obbligo del lavoratore, stabilito dall'art. 20 del d.lgs. 81/2008 di collaborare con il datore per la riduzione del rischio, contrasto irrisolvibile dall'interprete senza l'intervento di una legge attuativa dell'art. 32". Altri ritengono che al giurista" non è consentito dire *non liquet* (pronuncia con la quale il giudice anziché decidere rinvia ad altro giudice) "e che la sua deontologia gli impone di ricercare, tra gli attrezzi normativi disponibili, la chiave ricostruttiva del sistema, in coerenza e in concorso, grazie alla professionalità di ciascuno, con l'immane sforzo del popolo italiano per frenare il

flagello pandemico, che già troppe vittime ha provocato e continua a provocarne".

Nell'ambito del processo circolare di creazione del diritto a cui fa riferimento l'autore "la dottrina propose una **nozione di rischio elettivo**, non contemplato da alcuna disposizione di legge, accolta dalla giurisprudenza, non monolitico, come sembra ritenere l'Inail, ma differenziato a seconda del grado di connessione con l'attività lavorativa vera e propria".

In particolare con riferimento al contesto lavorativo, "una giurisprudenza consolidata, come ricordato dall'Inail, richiede la ricorrenza di tre elementi:

- vi deve essere non solo un atto volontario, ma altresì arbitrario, nel senso di illogico ed estraneo alle finalità produttive;
- diretto a soddisfare impulsi meramente personali (il che esclude le iniziative, pur incongrue, motivate da finalità produttive);
- 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.

E tale rischio elettivo costituisce l'unico limite alla occasione di lavoro, e quindi alla indennizzabilità dell'evento".

Ma l'elemento della arbitrarietà, "su cui si focalizza l'Inail per affermare che il rifiuto di vaccinazione non può essere così qualificato, risulta ridimensionato attraverso l'analisi delle fattispecie nelle quali è enunciato, ed inteso piuttosto come comportamento inappropriato, contrario alle elementari regole di prudenza. Come risulta anche dalla massimazione riportata, essa è configurata come devianza dalla normale sequenza del processo produttivo. Al di fuori di questa fattispecie, **anche un atto semplicemente volontario, come lo stato di ubriachezza, può recidere il nesso con il lavoro ed escludere perciò la tutela** e, in quanto diretto a soddisfare impulsi personali, costituire rischio elettivo".

Il rischio elettivo, il diritto alla salute, l'obbligo e la raccomandazione

Rimandiamo chiaramente alla lettura integrale dell'intervento di De Matteis che si sofferma sul rischio elettivo negli infortuni in itinere e sul rischio elettivo nelle infezioni pandemiche.

Riguardo al **rischio pandemico** si sottolinea che il legislatore, con l'art. 42 legge 27/2020, ha "escluso l'incidenza sul tasso specifico aziendale degli infortuni da covid-19". E questa è una "disposizione identica a quella già vista per gli infortuni in itinere, che presuppone valutazioni analoghe in tema di responsabilità".

Il **rischio covid**, infatti, "non è generato dall'apparato produttivo, ma è un **rischio pandemico che proviene dall'esterno**, ed è subìto dal datore di lavoro. Ciò non toglie che, divenuto un rischio ambientale, il datore di lavoro sia obbligato ad **adottare tutte le misure di prevenzione** di cui al t.u. sicurezza 81/2008 e quelle che la scienza e la tecnica del tempo suggeriscono, a norma dell'art. 2087 codice civile".

Tuttavia se quando il vaccino era ancora di là da venire "queste misure si esaurivano in quelle catalogate nei protocolli condivisi", sopravvenuto il vaccino "si è posto **il problema del suo ruolo nel rapporto di lavoro ed in quello assicurativo**. Vi è correlazione tra i due temi, perché gli obblighi di prevenzione sono finalizzati ad evitare gli infortuni".

Nell'acceso e ricco dibattito sul punto ? continua l'autore ? "la proposta più aderente alla trama normativa del testo unico sicurezza ci sembra quella che individua nell'**art. 15 del testo unico 81 la chiave di volta** per comporre l'intero edificio

ricostruttivo. La norma obbliga il datore di lavoro non solo a ridurre il rischio di contagio, come potrebbero essere le misure dei protocolli, ma ad eliminare radicalmente il rischio. E poiché il rischio risiede nel virus, che non vive di vita autonoma, ma alberga e si moltiplica nelle persone, eliminare il rischio significa eliminare la persona e cioè allontanare il lavoratore".

A questo proposito la dottrina citata da De Matteis propone la seguente **sequenza**: "obbligo di eliminare il rischio, comparsa del vaccino, obbligo di nuova valutazione dei rischi, alla luce del vaccino sopravvenuto, a norma dell'art. 29, comma 3, d.lgs 81", "incarico al medico competente di valutare l'idoneità del lavoratore, con giudizio ricorribile a norma dell'art. 41, comma 9, d.lgs. 81, provvedimenti di competenza del datore di lavoro, sulla base del giudizio di idoneità o meno del medico competente".

L'intervento si sofferma ampiamente su due osservazioni, una riguarda l'efficacia e utilità dei vaccini anti-covid, l'altra segnala che "essendo il rischio pandemico ambientale e diffusivo, l'**inidoneità non è alla mansione, ma all'ambiente in cui questa è svolta ed in cui il virus potrebbe circolare**". Ed è per questa ragione "che insieme ai sanitari sono stati vaccinati per primi anche gli impiegati amministrativi operanti negli ospedali. Nel delimitare i confini dell'ambiente cui il non vaccinato è inidoneo, si deve fare necessariamente riferimento alla scala presuntiva di rischio disegnata nella circolare 13/2020, unica fonte in materia, peraltro assolutamente condivisibile, che lascia poco spazio a ricollocamenti".

Il documento ripercorre poi "il pensiero diffuso, recepito dall'Inail, che la **libertà di non vaccinarsi** significa libertà da qualsiasi altro obbligo nei confronti dei terzi" e poichè tutto il discorso ruota intorno all'**art. 32 della Costituzione** ? *La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana* ? De Matteis si sofferma su principi che la Corte ha enunciato al riguardo:

- "il precetto dell'art. 32 non si esaurisce nella tutela di posizioni attive pretensive, ma postula il necessario contemperamento del diritto alla salute del singolo (anche nel suo contenuto di libertà di cura) con il coesistente e reciproco diritto degli altri e con l'interesse della collettività, e quindi implica il dovere dell'individuo di non ledere né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui e gli interessi essenziali della comunità;
- da questo contemperamento dei diritti alla salute di ciascun individuo deriva la legittimità di un onere a carico del lavoratore di accertamenti sanitari preventivi per poter svolgere determinate attività, che il legislatore deve imporre, nella forma o dell'obbligo o della raccomandazione" (si indica che è esplicita al riguardo la sentenza 218/1994 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell' art. 5, terzo e quinto comma, della legge 5 giugno 1990, n.135 con riferimento alla prevenzione e la lotta contro l'AIDS).

In questo senso l'art. 32 della Costituzione "copre con il suo mantello anche **il diritto alla salute propria, e di tutti coloro, parti contrattuali, dipendenti, terzi, della cui salute un soggetto sia responsabile**" e l'esercizio di un diritto assoluto "non può avvenire a danno degli altri". E dunque costituisce "attuazione dell'art. 32 anche l'art. 2087 cod.civ".

In particolare la giurisprudenza costituzionale ha "valorizzato quindi la raccomandazione, i cui effetti ha parificato a quelli dell'obbligo esplicito": l'**obbligatorietà** e la **raccomandazione**, "pur costituendo due tecniche legislative diverse, obbediscono a un medesimo obiettivo, la migliore realizzazione dell'art. 32 Cost. nella sua valenza di tutela della salute come interesse collettivo; non vi è differenza qualitativa tra obbligo e raccomandazione; la vaccinazione in adempimento di ciascuna delle due modalità realizza il dovere di solidarietà implicito nell'art. 32 ed impone allo Stato la medesima tutela in caso di complicanze".

Possiamo dunque dire che "la scelta tra obbligo e raccomandazione costituisca una scelta opportunistica, in relazione alla disponibilità dei vaccini, la ritenuta maggior capacità persuasiva nel mezzo, in relazione alla psicologia collettiva del momento, la risposta dei cittadini, la opportunità politica".

E "a noi sembra, sulla base di tale giurisprudenza costituzionale" ? continua l'intervento ? che "la raccomandazione, per l'autorità da cui promana e per l'intento comunitario che persegue, integri, sul versante civilistico, quel canone di prudenza, diligenza e rispetto della controparte richiesto nei rapporti contrattuali (artt. 1176 e 2104 cod.civ.), e possa perciò fondare la pretesa di una parte contrattuale acché la controparte sia immune da covid-19, in un rapporto di durata che possa esporre al contagio. Ci sembra in tale modo di ricondurre tutto ad un principio di responsabilità personale, che non contrasta con l'art. 32".

In definitiva a parere di De Matteis se l'Inail indica che "infermieri vaccinati e non vaccinati pari sono ed hanno egualmente diritto alle prestazioni indennitarie", "non è esattamente così".

I lavoratori vaccinati "non si infettano, non danno perciò luogo alle prestazioni previdenziali relative, e non gravano sul bilancio dell'Inail. I lavoratori non vaccinati sono gli unici che possono infettarsi, usufruire delle prestazioni sociali, gravare sul bilancio dell'Inail e sugli oneri contributivi dei datori di lavoro (anche senza la oscillazione del tasso). L'effetto paradossale della decisione è di premiare esclusivamente i non vaccinati, come se rifiutare un vaccino raccomandato fosse un valore ed un merito".

Invece un **lavoratore non vaccinato**, potenziale diffusore del virus, "costituisce un rischio per l'ambiente lavorativo, di cui è responsabile il datore di lavoro, un suo aggravamento, e questo volontario aggravamento, contro elementari criteri di prudenza, costituisce, come nell'infortunio in itinere, a nostro parere, un rischio elettivo".

Da questo punto di vista "non è comparabile il fatto accidentale del lavoratore che va ad una festa, contrae il virus e lo porta inconsapevolmente in azienda: si tratta di un comportamento colposo che non esclude la tutela". Invece è diverso "il **rifiuto intenzionale e programmatico della misura di prevenzione più raccomandata, sicura, affidabile e risolutiva**, provocando così un rischio permanente nell'ambiente lavorativo, contro il quale è difficile difendersi".

Insomma "**è una scelta, perciò si chiama rischio elettivo**".

RTM

Scarica il documento da cui è tratto l'articolo:

Aldo De Matteis - "Infermieri che rifiutano il vaccino anti-Covid: dove l'Inail sbaglia" - aggiornato al 7 marzo 2021 - conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi - Gruppo delle Conversazioni sul lavoro del Convento di San Cerbone - Conversazioni sul lavoro a distanza da agosto 2020 a marzo 2021 promosse e coordinate da Vincenzo Antonio Poso.

Scarica la normativa di riferimento in materia COVID-19:

Circolare Inail n. 13 del 3 aprile 2020 - Sospensione dei termini di prescrizione e decadenza per il conseguimento delle prestazioni Inail. Tutela infortunistica nei casi accertati di infezione da coronavirus (SARS- CoV-2) in occasione di lavoro.

Decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 "Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19". Articolo 34, commi 1 e 2; articolo 42 commi 1 e 2, all'articolo 34, commi 1 e 2.

Inail ? Direzione Centrale Rapporto Assicurativo ? "Tutela assicurativa Inail e rifiuto di sottoporsi a vaccino anti Covid-19 da parte del personale infermieristico" ? documento del 1 marzo 2021

 Questo articolo è pubblicato sotto una Licenza Creative Commons.

---

www.puntosicuro.it