

# R I V I S T A

## DEGLI INFORTUNI e DELLE MALATTIE PROFESSIONALI

VI SERIE DELLA **RASSEGNA DELLA PREVIDENZA SOCIALE** ANNO CVII

**FASCICOLO N. 2-3/2020**

PUBBLICAZIONE QUADRIMESTRALE DELL'INAIL - ROMA

- *IL COVID-INFORTUNIO, L'AMBITO DELLA COPERTURA INAIL ED IL VACCINO*
- *COVID-19: ESISTE UN OBBLIGO ALLA VACCINAZIONE?*
- *LA SORVEGLIANZA SANITARIA E LA VACCINAZIONE ANTI-SARS-COV-2 PER GLI OPERATORI SANITARI INAIL*
- *DIMENSIONE DIGITALE DEL LAVORO E NUOVI PROFILI DI TUTELA DELLA PERSONA*

# R I V I S T A DEGLI INFORTUNI e DELLE MALATTIE PROFESSIONALI

VI SERIE DELLA **RASSEGNA DELLA PREVIDENZA SOCIALE** ANNO CVII

**FASCICOLO N. 2-3/2020**

PUBBLICAZIONE QUADRIMESTRALE DELL'INAIL - ROMA

- *IL COVID-INFORTUNIO, L'AMBITO DELLA COPERTURA INAIL ED IL VACCINO*
- *COVID-19: ESISTE UN OBBLIGO ALLA VACCINAZIONE?*
- *LA SORVEGLIANZA SANITARIA E LA VACCINAZIONE ANTI-SARS-COV-2 PER GLI OPERATORI SANITARI INAIL*
- *DIMENSIONE DIGITALE DEL LAVORO E NUOVI PROFILI DI TUTELA DELLA PERSONA*

**INAIL**

## **RIVISTA DEGLI INFORTUNI e DELLE MALATTIE PROFESSIONALI**

### **DIRETTORE EDITORIALE**

Franco Bettoni

### **DIRETTORE RESPONSABILE**

Luigi La Peccerella

### **REDATTORE CAPO**

Valeria Piatti

### **COMITATO SCIENTIFICO**

Giuseppe Abbritti  
Pasquale Acconcia  
Fabrizio Benedetti  
Maria Agostina Cabiddu  
Daniela Calafiore  
Maurizio Cinelli  
Maria Giulia Cosentino  
Riccardo D'Alia  
Silvia D'Amario  
Nicola De Marinis  
Aldo De Matteis  
Carlo De Petris  
Natale Mario Di Luca  
Sergio Di Nola  
Giulia Ferrari  
Edoardo Gambacciani

Bruno Giordano  
Stefano Giubboni  
Raffaele Guariniello  
Eugenio Guglielmelli  
Sergio Iavicoli  
Marco Lai  
Paolo Lazzara  
Giuseppe Ludovico  
Arturo Maresca  
Paolo Pascucci  
Giovanni Paura  
Pietro Pennacchi  
Antonella Polimeni  
Patrizio Rossi  
Patrizia Tullini

### **COORDINAMENTO GIURISPRUDENZA**

Avvocatura Generale Inail

### **REDAZIONE**

Cristina Francesca Giombini

In copertina: immagine tratta da Banca dati Inail

Autorizzazione del Tribunale di Roma n. 2144 del 26 maggio 1951

Poste Italiane S.p.A. - Spedizione in abbonamento postale art. 2, comma 20/c, legge 662/96 - Filiale di Milano

Stampa: Tipografia Inail - Milano - Via Boncompagni, 41

ISSN 0035-5836

Il perdurare della pandemia da SARS CoV 2 e la conseguente necessità di adottare in rapida successione misure emergenziali per il contenimento del rischio di contagio hanno posto all'attenzione della magistratura e degli studiosi problematiche che, seppur non nuove, ma rimaste latenti per lungo tempo, sono emerse con impellente evidenza in tutta la loro complessità.

Il riferimento è, innanzi tutto, alla *vexata quaestio* del c.d. obbligo di vaccinazione, con le sue implicazioni non soltanto di carattere giuridico, afferenti alla legittimità costituzionale, al diritto del lavoro e quello della salute e sicurezza, ma anche di carattere tecnico-scientifico.

Altro tema di interesse, legato alla attualità, è la dimensione digitale del lavoro, che, dopo essersi diffusa come misura emergenziale durante le fasi di maggior rigore del lockdown, deve ora essere più strutturalmente regolamentata, ponendo attenzione alla tutela della persona contro i nuovi rischi del lavoro digitale.

Le questioni poste dall'attuale fase emergenziale, che si auspica possa al più presto esaurirsi, non hanno fatto calare l'attenzione degli addetti ai lavori sugli aspetti strutturali della salute e sicurezza sul lavoro.

Numerosi sono, pertanto, gli elaborati aventi a oggetto specifici e non contingenti aspetti della tutela, con l'intento di fornire un contributo alla costruzione di una "nuova normalità", in cui anche la salute e sicurezza sul lavoro possano essere ancor più efficacemente garantite.

LUIGI LA PECCERELLA

## SOMMARIO FASCICOLO N. 2

### Parte I

#### DOTTRINA E PRASSI

- ALDO DE MATTEIS:** Il Covid-infortunio, l'ambito della copertura Inail ed il vaccino 189
- PAOLO PASCUCCI:** Covid-19: esiste un obbligo alla vaccinazione? 211
- P. ROSSI, E. GALLO, A. MELE, D.R. VANTAGGIATO, P. DI PALMA:** La sorveglianza sanitaria e la vaccinazione anti-SARS-Cov-2 per gli operatori sanitari Inail 221
- GUGLIELMO CORSALINI:** La centralità del lavoratore nel sistema di tutela Inail al tempo del Covid-19 241
- DOMENICO DELLA PORTA:** La previdenza sociale strumento di prevenzione degli infortuni sul lavoro 257
- C. CORREZZOLA, C. BUFFA, A. PICCIONI, F. BENEDETTI:** Rischio silice. La valutazione della "*Size-weighted fine fraction*" nei materiali massivi secondo EN 17289 e la direttiva UE 2017/2398 263

### Parte II

#### GIURISPRUDENZA

- Regolamento spese di lite - Poteri giudice d'appello - Riforma in tutto o in parte della sentenza impugnata - Nuovo regolamento delle spese d'ufficio - Conferma della sentenza impugnata - Modifica decisione sulle spese solo se oggetto di specifico motivo d'impugnazione - **CORTE DI CASSAZIONE- SESTA SEZIONE CIVILE I, DEL 18 MARZO 2021 N. 7616** 21

La mancata asseverazione autografa delle relate di notifica via Pec del ricorso e della sentenza non determinano l'improcedibilità del ricorso per cassazione, in presenza di attestazioni di conformità in calce alle relate in parola e alla decisione gravata esplicitamente richiamate in altro correlato atto, ossia l'indice dei documenti depositati, contenente quindi l'elencazione di tali atti, sottoscritto in via autografa, dovendo ritenersi che il nesso esplicito tra i due atti appena richiamati permette di ritenere sussistente l'asseverazione, non essendo equivocabile la sussistenza della correlativa volontà e nemmeno elusa la compiuta struttura formale necessaria, sebbene ricostruibile in modo composito - **CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE - SEZIONE CIVILE VI, DEL 18 MARZO 2021 n. 7610**

23

Risarcimento del danno alla salute - Nozione danno non patrimoniale - Categoria omnicomprensiva - Determinazione sistema c.d. "a punto" - Ristoro conseguenze standard - Presunzione semplice - Liquidazione equitativa - Aumento e/o diminuzione per conseguenze non accertabili medico-legalmente e per quelle accertabili medico-legalmente peculiari - Oggetto di prova specifica - Danno biologico quale conseguenza del pregiudizio stesso sul modo di essere della persona - Inesistenza categoria incapacità lavorativa generica - Riforma parziale sentenza di primo grado - Caducazione ope legis della statuizione sulle spese - Doveri del giudice d'appello di provvedere d'ufficio ad un nuovo regolamento delle spese - Liquidazione delle spese di lite - Tariffa vigente al momento della pronuncia che conclude ciascun grado del giudizio - **CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE -SEZIONE CIVILE VI, DEL 4 APRILE 2021 N. 5865**

25

Notifica atti indirizzo di posta elettronica certificata - Soggetto obbligato *ex lege* a munirsi di un indirizzo PEC - Notifica valida anche se la casella PEC è "piena" - Perfezionamento con ricevuta attestante rinvenimento casella "piena" - Evento imputabile al destinatario - Mancato buon esito della comunicazione telematica - Legittimo deposito atto in cancelleria - **CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE - SEZIONE LAVORO DEL 3 MAGGIO 2021 N. 11559**

36

# Parte I



## **DOTTRINA E PRASSI**

# IL COVID-INFORTUNIO, L'AMBITO DELLA COPERTURA INAIL E IL VACCINO\*

ALDO DE MATTEIS\*\*

## SOMMARIO

1. Le basi normative per la tutela infortunistica del Covid 19; la circolare Inail 13/2020 e la scala presuntiva di rischio di contagio. - 2. L'art. 42, l. 27/2020 e le prestazioni temporanee. - 23. Obbligazioni di sicurezza del datore di lavoro e obbligo di vaccino; il d.l. 44/2021. - 4. La platea delle persone obbligate alla vaccinazione anti-covid. - 5. La procedura; il coinvolgimento del datore di lavoro. - 6. Le conseguenze del rifiuto. - 7. Profili sistematici. Gli altri lavoratori non compresi nel d.l. 44/2021. - 8. Le soluzioni *ego focused*. - 9. Le proposte *group focused*; l'ordinanza del Tribunale Belluno. - 10. Rifiuto di vaccino e copertura previdenziale.

## 1. Le basi normative per la tutela infortunistica del Covid 19; la circolare Inail 13/2020 e la scala presuntiva di rischio di contagio

Il virus SARS-CoV-2 è un agente biologico, e provoca la malattia denominata Covid 19 (acronimo dell'inglese COronaVIRus Disease 19, dall'anno di emersione). Essa ha carattere pandemico, ed affligge come tale la generalità della popolazione. Perché allora una tutela infortunistica privilegiata per i lavoratori?

Il r.d. 1765/1935 ha impostato il problema nei seguenti termini, perpetuati dall'art. 2 del t.u. 1124/1965: le infezioni a carattere endemico, come la malaria, sono escluse dalla tutela perché affliggono la generalità della popolazione, senza una specificità lavorativa; le infezioni tipiche di un ambiente lavorativo, come il carbonchio, sono incluse nella tutela. Questa dicotomia è confermata dalla Corte costituzionale la quale, con sentenza 226/1987, ha dichiarato illegittimo l'art. 2 nella parte in cui non ricomprende tra i casi di infortunio sul lavoro l'evento

\* Il saggio riproduce, con l'aggiunta di note e di alcuni approfondimenti, il testo della relazione presentata al *webinar* tenutosi il 26 marzo 2021, organizzato dall'Avvocatura generale Inail, dal titolo "I problemi attuali dell'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali".

\*\* Presidente onorario aggiunto della Corte di Cassazione.

dannoso derivante da infezione malarica perché, a seguito delle disinfezioni chimiche tramite DDT nel secondo dopoguerra, la malaria non è più una malattia endemica. Con la sua motivazione la Corte, per un verso conferma l'antinomia cause pandemiche-cause lavorative, da un altro ammette che l'infortunio sul lavoro da malaria possa avvenire in "circoscritto ambiente infetto", e cioè per una diffusione ambientale.

La dicotomia cennata, basata sulla nozione originaria di rischio specifico proprio, è stata incrinata dall'ingresso nel sistema di tutela della nozione di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, di rischio generico aggravato, e cioè di un rischio di per sé incombente su tutta la generalità, ma che per un lavoratore può essere aggravato da un fattore peculiare legato al lavoro. Esempio tipico: l'infortunio in *itinere*<sup>1</sup>.

L'infezione da coronavirus è a carattere diffusivo e pandemico; interessa, come detto, tutta la popolazione, ma non si può negare che il rischio di contrarla è molto maggiore per determinati operatori, quali quelli sanitari. Il primo fondamento per l'inserimento delle infezioni da coronavirus nel sistema di tutela degli infortuni è perciò la nozione di rischio generico aggravato.

La qualificazione dell'infezione da coronavirus come infortunio sul lavoro non è dunque una scelta del legislatore emergenziale, ma discende necessariamente dalla nozione di causa violenta acquisita da molti decenni, che comprende nella causa violenta anche quella virulenta, e conseguentemente qualifica tali eventi come infortunio, e non malattia professionale<sup>2</sup>.

Su questo quadro sistemico è intervenuto l'art. 42, comma 2, d.l. 18/2020, convertito in l. 27/2020, il quale dispone che nei casi accertati di infezione da coronavirus (SARS-CoV-2) in occasione di lavoro il medico certificatore redige il consueto certificato di infortunio e lo invia telematicamente all'Inail che assicura, ai sensi delle vigenti disposizioni, la relativa tutela dell'infortunato.

Il riferimento espresso alle "vigenti disposizioni", al "consueto certificato di infortunio", e la corrispondenza dell'art. 42 alla nostra storia sistemica, ha indotto l'Inail e la dottrina prevalente a qualificare l'art. 42 come norma confermativa, e non, per questa parte, innovativa<sup>3</sup>.

È stato tuttavia osservato che mentre per il passato le infezioni da agente biologico erano limitate a un rischio specifico in circoscritto ambiente infetto, come il carbonchio o l'epatite virale, l'art. 42 costituisce una norma eccezionale in quanto dà tutela franca e diretta a un'infezione pandemica<sup>4</sup>.

1 Sul che vedi *amplius* A. DE MATTEIS, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Milano, 2020, pag. 79 e 139; G. CORSALINI, *Gli infortuni in itinere*, Ipsoa 2009.

2 P. ROSSI, *Le infezioni come infortunio sul lavoro: ricostruzione storica del percorso normativo e dottrinario della tutela assicurativa*, in *Riv. inf. mal. prof.* 2019, fasc. 2/3, 343; DE MATTEIS, cit. pag. 176.

3 E. GAMBACCIANI, L. LA PECCERELLA, *La tutela dell'infezione da SARS-CoV-2 come infortunio sul lavoro*, in *Riv. inf. mal. prof.* 2019, n. 2/3, 333; F. AMENDOLA, *Covid 19 e responsabilità del datore di lavoro*, Bari 2021.

4 G. CORSALINI, *La centralità del lavoratore nel sistema di tutela Inail al tempo del Covid 19*, Relazione al webinar organizzato dall'Avvocatura Generale Inail, "Problemi attuali dell'Assicurazione contro gli Infortuni sul Lavoro e le Malattie Professionali", 26 marzo 2021, in questa Rivista.

La diversa dimensione dei diversi fenomeni storici appare fondata sul diverso mezzo di trasmissione: mentre l'epatite virale, che costituisce l'archetipo, nell'approccio dell'Istituto assicuratore e nella giurisprudenza, della tutela da agente biologico, si trasmette tramite il sangue, e quindi è circoscritta agli ambienti ospedalieri in cui questo tipo di contagio può avvenire, il Covid 19, trasmettendosi per via aerea, può infettare qualsiasi ambiente lavorativo. L'art. 42 ha pertanto inserito nella tutela infortunistica una pandemia, superando così la dicotomia originaria dell'art. 2, t.u. 1124/1965, dalla quale tutta l'elaborazione era partita<sup>5</sup>.

E quest'ultima prospettiva è confortata dalla direttiva della Commissione 3 giugno 2020 n. 739, recepita in Italia dall'art. 4, d.l. 125/2020, convertito in l. 159/2020, la quale ha integrato, inserendovi il SARS-CoV-2, la Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2000/54/CE sulla protezione dei lavoratori contro i rischi derivanti da un'esposizione ad agenti biologici durante il lavoro. Questa direttiva vincola tutti i Paesi dell'Unione europea a considerare il SARS-CoV-2 come un agente patogeno proprio dei luoghi di lavoro, e quindi come un rischio specifico proprio. Questo inserimento costituisce anche il miglior argomento a favore di quella dottrina che interpreta l'art. 279 del testo unico sulla sicurezza come inclusivo del rischio biologico ambientale, e non solo di quello originato dal processo produttivo.

In ogni caso l'intervento legislativo è quanto mai opportuno, sia perché elide ogni dubbio avanzato dalle categorie interessate e dai media<sup>6</sup> sia perché istituisce un fondamento nuovo per la tutela generalizzata di questa pandemia<sup>7</sup>.

L'Inail intanto, già con la circolare 3 aprile 2020, n. 138<sup>8</sup>, ispirandosi alla base sistemica tradizionale, e in puntuale richiamo della giurisprudenza sul tema delle infezioni da agenti biologici ("principi validi da decenni")<sup>9</sup>, fa uso massiccio del criterio probabilistico, applicandolo alle diverse categorie di lavoratori, situazioni lavorative ed equiparate, non al fine di delimitare l'area di protezione, ma al fine

5 Questa specifica pandemia, e non tutte le pandemie, come quella influenzale, esclusa dalla mancanza del requisito di gravità richiesto dall'art. 268, t.u. d.lgs. 81/2008, e per la specifica menzione dell'art. 42: A. DE MATTEIS, *Tutela infortunistica: perché coronavirus sì e influenza no*, in *Il giuslavorista*, 13 luglio 2020; G. CORSALINI, relazione cit.

6 F. AMENDOLA, cit.

7 E anche perché, con la sua espressa menzione del certificato di infortunio, dà un'indicazione operativa molto importante ai medici certificatori, poiché solo il certificato di infortunio, e non quello generico di malattia, innesta il processo cognitivo che può sfociare nelle prestazioni Inail.

8 Sulla quale vedi G. CORSALINI, *L'Inail e il Covid-19*, in RDSS, 2/2020.

9 Quale l'epatite virale, sulla quale vedi Cass. 1 giugno 2000, n. 7306, Cass. 8 aprile 2004, n. 6899, Cass. 28 ottobre 2004, n. 20941, Cass. 13 marzo 1992, n. 30, in *Mass. giur. lav.* 1992, 234, con nota di ALIBRANDI, *La causa violenta nell'infortunio sul lavoro*; secondo cui non è richiesta la prova della puntura dell'ago infetto, ma è sufficiente la plausibilità dell'infezione con l'ambiente lavorativo; Cass. 9968/2005, confermativa della sentenza di merito che sulla base della valutazione probabilistica della consulenza tecnica aveva ritenuto l'infezione da epatite B di una infermiera contratta nella sua attività professionale. Vedi anche Cass. 17 giugno 2011, n. 13361, che ha ritenuto la riconducibilità all'attività lavorativa della malattia contratta per complicanze insorte dalla vaccinazione contro l'epatite B atteso che la necessità di questo intervento sanitario era conseguente ad un infortunio sul lavoro.

di agevolare la prova (art. 42: “nei casi accertati di infezione in occasione di lavoro”), la quale non può che essere presuntiva:

- a) per gli *operatori sanitari* l’Inail ritiene, in continuità con la circolare 23 novembre 1995, n. 74, che vi sia una *elevatissima* probabilità che gli stessi vengano a contatto con il coronavirus, indipendentemente dal reparto in cui operano; tale criterio probabilistico assorbe ed elide qualsiasi esigenza di prova dell’episodio infettante; anzi, secondo autorevole dottrina<sup>10</sup>, a fronte di questa elevatissima probabilità, anche la prova, più o meno certa, di contatti con soggetti potenzialmente contagiosi avvenuti al di fuori dell’ambiente di lavoro, non è sufficiente a superare la presunzione semplice di origine professionale;
- b) agli operatori sanitari vanno assimilati i lavoratori in costante contatto con il pubblico, dato l’*elevato* rischio di contagio: lavoratori che operano in *front-office*, alla cassa, addetti alle vendite, banconisti, personale non sanitario operante all’interno degli ospedali con mansioni tecniche di supporto, di pulizia, operatori del trasporto infermi, etc.;
- c) altri lavoratori, non esemplificati, cui si possa applicare la stessa presunzione semplice di contagio. La FAQ (*Frequently Asked Questions*) Inail del 10 aprile 2020 menziona ancora, sempre a titolo esemplificativo, gli operatori delle Residenze sanitarie assistenziali (RSA) ed i tassisti. Nella stessa *ratio* si possono far rientrare le addette alla pulizia negli studi medici, e simili;
- d) lo stesso strumento presuntivo l’Inail ha applicato all’infortunio in *itinere*: nel mezzo di trasporto pubblico il rischio di contagio è più elevato, trattandosi di ambiente confinato con più persone. La conseguenza è duplice: da una parte ai lavoratori che si avvalgano del trasporto pubblico si applica la presunzione di origine professionale, anche se non appartenenti alle categorie professionali esemplificate sopra; dall’altra l’uso del mezzo privato costituisce in questa fase emergenziale una ulteriore ipotesi di mezzo necessitato.

La posizione dell’Inail è stata ragionata e costante fin dall’inizio. Nella nota 17 marzo 2020, n. 3675 l’Istituto scriveva: “la tutela assicurativa si estende anche alle ipotesi in cui l’identificazione delle precise cause e modalità lavorative del contagio si presenti problematica. Ne discende che, ove l’episodio che ha determinato il contagio non sia percepito o non possa essere provato dal lavoratore, si può comunque presumere che lo stesso si sia verificato in considerazione delle mansioni/ lavorazioni e di ogni altro indizio che in tal senso deponga”.

<sup>10</sup> L. LA PECCERELLA, *Infezione da coronavirus e tutela contro gli infortuni e le malattie professionali*, in *Dir. sic. lav.*, 1/2020.

E tale posizione è ribadita nella circolare 20 maggio 2020, n. 22, la quale si segnala sotto diversi profili:

- per la forte riaffermazione dei principi che precedono: “principi vigenti da decenni”, “le patologie infettive sono da sempre inquadrate come infortuni sul lavoro”, “dal semplice verificarsi del danno, non si può automaticamente dedurre l’inadeguatezza delle misure adottate”;
- per la individuazione del fondamento giuridico della tutela Inail per la quarantena precauzionale;
- per la valorizzazione dei protocolli di sicurezza quale misura della diligenza del datore di lavoro: “in assenza di una comprovata violazione, da parte del datore di lavoro, delle misure di contenimento del rischio di contagio di cui ai protocolli o alle linee guida di cui all’art. 1, comma 14, d.l. 33/2020, sarebbe molto arduo ipotizzare e dimostrare la colpa del datore di lavoro”;
- per la disposizione data alle Avvocature regionali di trasmettere all’Avvocatura generale le pratiche riguardanti possibile azione di regresso nei casi di infortunio sul lavoro da Covid 19, in modo da avere una trattazione omogenea su tutto il territorio nazionale, secondo i rigorosi criteri espressi dalla stessa circolare.

Trattandosi di prova presuntiva semplice, è ammessa la prova di una diversa origine del contagio, come sarebbe il caso, ad es., di un medico che ritorni da un mese di vacanza all’estero, e risulti positivo al rientro.

La catalogazione categoriale dell’Inail non è tassativa, bensì esemplificativa, come risulta dalla terminologia usata (“altri lavoratori non esemplificati, cui si possa applicare la stessa presunzione semplice di contagio”) e dalla menzione di ulteriori figure professionali esemplificate in altri documenti di fonte Inail, come le FAQ citate.

Per tutto quanto precede, non ci sembra rilevante la distinzione tra rischio specifico proprio dei sanitari, per i quali il rischio è in *re ipsa*, e rischio generico aggravato degli altri lavoratori, i quali sarebbero gravati del relativo onere probatorio, sia per le novità sistemiche accennate, sia perché l’onere probatorio si risolve nel grado di probabilità oggettiva della infezione in occasione di lavoro, secondo la scala presuntiva disegnata dall’Inail. Peraltro anche nel prototipo di rischio generico aggravato, e cioè l’infortunio in itinere, l’unica prova che si richiede è la compatibilità con il turno di lavoro ed il percorso normale.

L’impostazione dell’Istituto, ed in particolare l’ipotesi del mezzo pubblico affollato, legittima la posizione dottrinale<sup>11</sup> secondo cui il lavoro prestato

<sup>11</sup> S. GIUBBONI, *Covid 19: Obblighi di sicurezza, tutele previdenziali, profili riparatori*, di prossima pubblicazione in *Lavoro e previdenza oggi*, reperibile in WP CSDLE MASSIMO D’ANTONA; G. LUDOVICO, *Il contagio da Covid 19 come infortunio sul lavoro tra copertura Inail e responsabilità civile*, in *RDSS*, 2020, 353.

durante la fase emergenziale costituisce di per sé fattore di aggravamento del rischio di contagio. L'occasione di lavoro, in questa infezione pandemica, è costituita dall'aggregazione sociale per ragioni lavorative: aggregazione interna, con altri colleghi, o esterna, per i contatti imposti per ragioni lavorative con una pluralità di soggetti, potenziali e ignoti portatori di contagio, o sui mezzi di trasporto pubblico necessari per raggiungere il posto di lavoro. Studiosi della salute e sicurezza del lavoro analizzano il rischio da contagio in occasione di lavoro secondo la seguente tripartizione: a) da esposizione: la probabilità di venire in contatto con fonti di contagio nello svolgimento delle specifiche attività lavorative (es. settore sanitario, gestione dei rifiuti speciali, laboratori di ricerca, ecc.); b) da prossimità: le caratteristiche intrinseche di svolgimento del lavoro che non permettono un sufficiente distanziamento sociale (es. specifici compiti in catene di montaggio) per parte del tempo di lavoro o per la quasi totalità; c) da aggregazione: la tipologia di lavoro che prevede il contatto con altri soggetti oltre ai lavoratori dell'azienda (es. ristorazione, commercio al dettaglio, spettacolo, alberghiero, istruzione, ecc.)<sup>12</sup>.

All'ipotesi b) è riconducibile il caso della Tönnis, la mega industria macellazione carni nel Nordreno Westfalia, con circa 7.000 dipendenti, dei quali oltre 1500 positivi. Si è cercata una spiegazione nelle modalità lavorative, tutti gomito a gomito lungo la catena di macellazione, l'atmosfera fredda e umida, che facilita la propagazione del virus. Casi analoghi, in scala minore, si sono verificati in alcuni macelli italiani. Anche queste situazioni, nelle quali sarebbe vano cercare il primo infettato in fabbrica, o pretendere la prova del singolo contagio, rientrano nella scala presuntiva Inail, alla lett. c) "altri lavoratori, non esemplificati, cui si possa applicare la stessa presunzione di contagio".

Ne deriva che è sufficiente un differenziale di indice di contagio più alto nell'ambiente lavorativo rispetto a quello esterno per desumere la causa lavorativa.

In definitiva tutte e tre le interpretazioni sistematiche cennate, quella presuntiva dell'Inail, quella che identifica il rischio nella condizione lavorativa, e quella sul carattere innovativo dell'art. 42, convergono in una prospettiva ecumenica della tutela infortunistica generalizzata del rischio pandemico da Covid 19.

Ora, la mappatura del rischio di contagio disegnata dall'Inail, che a noi sembra incontrovertibile, ha una sua validità oggettiva che travalica gli scopi previdenziali per i quali è stata redatta. Poiché il virus è diffusivo e bidirezionale, tanto maggiore è il rischio di infezione per il lavoratore, tanto maggiore è la probabilità che egli infetti i soggetti esterni con i quali viene in contatto in ragione della sua prestazione lavorativa. Da questo rilievo derivano diverse conseguenze, ad es. in punto di obbligazioni di sicurezza e responsabilità verso le altre persone, (come si esprime l'art. 20, d.lgs. 81/2008, a proposito degli obblighi dei lavoratori), ed

<sup>12</sup> P. MARTINUCCI, Relazione al convegno Centro Studi Domenico Napoletano Genova 9 aprile 2021.

in particolare di obbligo di vaccino, ed in punto di possibilità di ricollocamento dei lavoratori non vaccinati.

## 2. L'art. 42, l. 27/2020 e le prestazioni temporanee

L'art. 42 cit., se nella parte in cui qualifica l'infezione da coronavirus per causa lavorativa come infortunio sul lavoro è oggetto delle diverse valutazioni sopra esposte, è sicuramente innovativo nella parte: a) in cui esclude gli infortuni da Covid 19 dall'oscillazione del tasso specifico aziendale; tale esclusione è quanto mai opportuna, sia per il suo fondamento sistemico, in quanto, come gli infortuni in itinere, entrambe le categorie dipendono da fattori estranei al dominio del datore di lavoro sia perché elide qualsiasi interesse del datore di lavoro a nascondere gli infortuni da Covid 19 o attribuire il contagio al mezzo di trasporto, dato il trattamento contributivo paritario; da tale elemento di similitudine la dottrina ha desunto valutazioni analoghe in tema di origine del rischio, tipologia di infortunio e di responsabilità<sup>13</sup>; b) nella parte in cui estende le prestazioni temporanee Inail al periodo di quarantena o di residenza domiciliare. Ora per la quarantena ne esistono due tipi (art. 1, commi 6 e 7, d.l. 33/2020): quella successiva all'accertamento di positività e quella precauzionale, per coloro che vengono allontanati dal lavoro a fini preventivi, avendo avuto contatti stretti con casi confermati di soggetti positivi al virus.

Mentre non vi sono dubbi circa l'appartenenza nel primo caso alla tutela Inail, nel secondo caso, se vi è un successivo accertamento negativo, potrebbe essere ostativa alla tutela la mancanza di un'infezione. Né si può immaginare un subentro dell'Inps, perché se la malattia non sussiste per l'Inail, non sussiste neppure per l'Inps.

Alla soluzione di questo problema soccorrono alcune indicazioni del t.u. 1124 ed il relativo sviluppo giurisprudenziale.

Presupposto del diritto all'indennità giornaliera per inabilità temporanea assoluta è un'impossibilità fisica, che deve essere assoluta (e non parziale: Cass. 13 febbraio 2015, n. 2894), derivante dall'infortunio o dalla malattia professionale, di prestare l'attività lavorativa.

A tale ipotesi cardinale lo stesso t.u. assimila le assenze dal lavoro per determinate necessità terapeutiche, collegate con l'oggetto della tutela:

- l'istituto assicuratore, anche dopo la costituzione della rendita di inabilità, può disporre che l'infortunato si sottoponga a speciali cure mediche e chirurgiche

<sup>13</sup> P. SANDULLI, A. PANDOLFO, M. FAIOLI, *Coronavirus e responsabilità datoriale da infortuni sul lavoro*, in *RDSS*, 2020, 3, 631.

- quando siano ritenute utili per la restaurazione della capacità lavorativa. In tal caso, durante il periodo delle cure e fin quando l'fortunato non possa attendere al proprio lavoro, l'Istituto integra la rendita di inabilità fino alla misura massima dell'indennità per inabilità temporanea assoluta (art. 89 t.u.);
- i lavoratori affetti da silicosi o asbestosi che per l'esecuzione delle cure o degli accertamenti diagnostici siano obbligati ad astenersi dal lavoro godono di un assegno giornaliero nella misura corrispondente all'indennità per inabilità temporanea assoluta (art. 148, comma 3).

La giurisprudenza ha assimilato a tali ipotesi quelle determinate da esigenze terapeutico-preventive, come nel caso di un lavoratore affetto da c.d. saturnismo preclinico o subclinico che necessita di astenersi dal lavoro per abbassare la soglia di concentrazione tossica nell'organismo<sup>14</sup>.

In questo quadro può essere collocata l'astensione dal lavoro per ordine dell'autorità nell'interesse della collettività, e pertanto inserire nella tutela Inail la quarantena precauzionale, anche quando all'esito di essa non dovesse risultare l'infezione. Ed in questi termini si è espresso l'Inail con la circ. 20 maggio 2020 n. 22 cit.

### **3. Obbligazioni di sicurezza del datore di lavoro e obbligo di vaccino; il d.l. 44/2021**

Il tema del vaccino si colloca nell'ambito delle obbligazioni di sicurezza del datore di lavoro e delle correlate obbligazioni del lavoratore.

Il rischio Covid, come si è visto, non è generato dall'apparato produttivo, ma è un rischio pandemico che proviene dall'esterno, ed è subito dal datore di lavoro. Ciò non toglie che, divenuto un rischio ambientale, il datore 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. Quando il vaccino era ancora di là da venire, queste misure si esaurivano in quelle catalogate nei protocolli condivisi di cui all'art. 29 bis, l. 40/2020, inserita in sede di conversione del d.l. 23/2020, che avevano una funzione di certificazione di quali fossero le misure di sicurezza possibili al tempo della loro redazione. Sopravvenuto il vaccino, si è posto il problema del suo ruolo nel rapporto di lavoro ed in quello assicurativo.

Il problema è ora risolto dal legislatore con il d.l. 44/2021, con cui ha sancito l'obbligo di vaccinazione per il personale sanitario, come dallo stesso definito.

Lo scopo dichiarato dell'intervento legislativo, che costituisce il criterio erme-

<sup>14</sup> Cass. 14 aprile 1987, n. 3699, in *Riv. giur. lav.*, 1987, III, 164; Cass. 20 ottobre 1998, n. 10401; Cass. 23 giugno 2005, n. 13479.

neutico che deve guidare l'interprete, è duplice: tutelare la salute pubblica, e cioè di tutti, e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza.

L'art. 4 sottopone ad obbligo di vaccinazione gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, farmacie, parafarmacie e studi professionali.

Le professioni sanitarie sono riconosciute e definite da specifiche leggi, e comprendono sia le professioni che richiedono una laurea magistrale (dai medici chirurghi agli psicologi, passando per i veterinari, biologi, chimici, fisici etc.), sia le professioni sanitarie infermieristiche per le quali è ora richiesto il diploma di laurea triennale, e comprende una gamma amplissima di specialità, dall'area infermieristica classica, ostetricia, riabilitazione, tecnico diagnostica, tecnico assistenziale, prevenzione, indicate nella l. 251/2000. Gli operatori di interesse sanitario, menzionati dall'art. 1, comma 2, l. 43/2006, sono dei profili minori di competenza regionale, quali ad esempio il massofisioterapista che, a differenza dei più qualificati fisioterapisti, operatori sanitari, è un operatore ausiliario che applica tecniche di massaggio manuale dietro prescrizione medica. L'elenco completo di tali categorie professionali è reperibile sul sito del Ministero Salute.

Le parafarmacie sono dei negozi autorizzati alla vendita dei soli farmaci senza obbligo di prescrizione medica, oltre alla vendita di tutti gli altri prodotti, cosmetici, integratori alimentari, prodotti per l'infanzia, che costituiscono ormai gran parte dei prodotti venduti in farmacia.

Il legislatore ha pertanto usato espressioni molto late e comprensive, per assicurare la maggiore protezione possibile per la tutela della salute pubblica, che assume quindi un valore prioritario rispetto alla libertà di cura del singolo.

Nel definire la platea degli obbligati, l'accorto legislatore non fa ricorso alle tradizionali categorie di lavoratori subordinati ed autonomi, di sempre più difficile definizione, ma applica la prospettiva Raimondi, nella famosa sentenza sui *riders*,<sup>15</sup> quale "norma di disciplina" che definisce i presupposti di fatto per la sua applicazione, indipendentemente dalla qualificazione dei rapporti giuridici in cui tale situazione si colloca. Siccome siamo in tema di sicurezza degli ambienti lavorativi, le espressioni usate nel decreto - datori di lavoro, dipendenti - vanno assunte non nel loro significato giuslavoristico, bensì in quello attribuito dal t.u. 81, nella norma definitoria dell'art. 2, che per datore di lavoro intende il soggetto che ha la responsabilità dell'organizzazione produttiva (lett. b) e per lavoratore la persona che, indipendentemente dalla tipologia contrattuale, svolge un'attività lavorativa nell'ambito dell'organizzazione di un datore di lavoro pubblico o privato, con o senza retribuzione, anche al solo fine di apprendere un mestiere (lett.

15 Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663.

a), che contiene una lunga lista di persone equiparate, tra cui gli studenti universitari, l'alternanza studio lavoro, ecc.<sup>16</sup>. La *ratio* dell'intervento legislativo impone di includere tutti coloro che operano nelle sedi menzionate, come il personale amministrativo operante all'interno della struttura, la segretaria e l'assistente dello studio professionale, gli addetti alla *reception*, alle pulizie o alla sorveglianza, di solito dipendenti di ditte esterne; e così pure gli addetti alla consegna e ritiro materiali ("contatti interpersonali o in qualsiasi altro modo"). In base al criterio funzionale del contenimento del contagio che ispira l'intervento legislativo, non avrebbe senso obbligare i dipendenti e lasciare liberi tutti gli altri che a vario titolo circolano per gli ospedali per motivi lavorativi<sup>17</sup>.

Sono incluse le strutture sanitarie, sociosanitarie e socio assistenziali, pubbliche e private, ma anche negozi, come le farmacie e le parafarmacie, e gli studi professionali di carattere sanitario, inclusi quindi, oltre ai medici, i fisioterapisti, i podologi, i dietologi, e simili.

L'obbligo sussiste fino alla completa attuazione del piano di vaccinazione di cui all'articolo 1, comma 457, della l. 178/2020 cioè fino a garantire il massimo livello di copertura vaccinale sul territorio nazionale, e comunque non oltre il 31 dicembre 2021.

Ovviamente il decreto esenta dall'obbligo i soggetti per cui vi siano controindicazioni mediche, e tale ipotesi è disciplinata dall'art. 4, comma 2, in termini molto stringenti: la vaccinazione non è obbligatoria e può essere omessa o *differita* solo in caso di accertato pericolo per la salute, in relazione a specifiche condizioni cliniche *documentate*, attestato dal medico di medicina generale.

## 5. La procedura; il coinvolgimento del datore di lavoro

Per la individuazione delle persone non vaccinate l'art. 4 disegna, nei commi da 3 a 6, una procedura che vede tutti i dati confluire presso la regione o provincia autonoma; a questo scopo ciascun Ordine professionale territoriale trasmette l'elenco degli iscritti; e così pure i datori di lavoro degli operatori sanitari e di interesse sanitario trasmettono l'elenco dei propri dipendenti; pertanto il responsabile della struttura sanitaria o dello studio professionale dovrà trasmettere alla regione l'elenco di tutti i propri collaboratori, a qualsiasi titolo, e quindi anche

<sup>16</sup> A. DE MATTEIS, *Infurtuni sul lavoro e malattie professionali*, Milano 2020, 837, il quale sottolinea l'importanza sistematica anche dell'art. 26, sulla responsabilità del datore di lavoro che affidi lavori a imprese appaltatrici o lavoratori autonomi; sull'esclusiva rilevanza dello svolgimento di mansioni rientranti nell'oggetto sociale, e sulla conseguente inclusione dei lavoratori autonomi nella nozione di lavoratori ai fini della sicurezza: Cass. pen. 15 marzo 2017, n. 18396. Dello stesso A., *Prime notazioni sul d.l. 44/2021 sull'obbligo di vaccino*, in *Il giuslavorista* 6 aprile 2021.

<sup>17</sup> R. RIVERSO, *Note in tema dei soggetti obbligati ai vaccini a seguito del decreto-legge n. 44/2021*, in *Conversazioni cit.*, *infra*, 12 aprile 2021.

dei dipendenti di ditte esterne e dei lavoratori autonomi che con esso collaborano. La regione verifica lo stato vaccinale di ciascun nominativo per il tramite dei propri servizi informativi vaccinali e segnala alla Asl i nominativi dei soggetti che non risultano vaccinati; la Asl invita il soggetto a vaccinarsi in un breve termine prefissato e, in caso di inadempienza, ne dà comunicazione al datore di lavoro, il quale finalmente ne ha ufficiale conoscenza, alla fine di questo percorso. A questo punto il datore di lavoro deve fare la sua parte, e prendere provvedimenti nei confronti dei lavoratori che ormai sa aver rifiutato il vaccino.

La procedura è stata giudicata da diversi commentatori come farraginoso; ne è un sintomo il numero dei commi ad essa destinati; in effetti essa appare come un tributo alla tutela della privacy (vedi la FAQ del Garante della privacy, secondo cui il datore non può conoscere l'identità del lavoratore che rifiuta il vaccino), per legittimare il risultato finale della conoscenza da parte del datore di lavoro, senza la quale il sistema del decreto legge non può trovare attuazione.

La somma dei vari termini, quand'anche strettamente osservati, raggiunge il mese, durante il quale il pericolo di contagio contro cui il vaccino è predisposto continua a minacciare. Riteniamo che in questo arco temporale il datore di lavoro che ne abbia comunque conoscenza, come nel caso convalidato dal Tribunale di Udine (di cui al par. 9), debba e possa allontanare il lavoratore renitente quanto meno con le ferie retribuite.

## 6. Le conseguenze del rifiuto

Le conseguenze del rifiuto sono definite dal comma 8 dell'art. 4. Non vi sono sanzioni di carattere penale o amministrativo, solo effetti sul rapporto di lavoro, e questa ci pare la migliore conferma della dottrina, che sarà esaminata in seguito, sul c.d. obbligo di vaccino come onere contrattuale.

Ricevuta la comunicazione dalla Asl, il datore di lavoro adibisce il dipendente, ove possibile, a mansioni, anche inferiori, che non comportino contatti interpersonali o il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2, in qualsiasi altra forma, con il trattamento corrispondente alle mansioni esercitate. Quando l'assegnazione a diverse mansioni non è possibile, non è dovuta la retribuzione, altro compenso o emolumento, comunque denominato, fino all'eventuale respicenza del renitente o, in mancanza, fino alla data indicata al par. 2, e cioè completamento del piano vaccinale nazionale e comunque non oltre il 31 dicembre 2021.

La disciplina del trattamento retributivo corrispondente alle mansioni inferiori esercitate è pertanto diversa e peggiorativa rispetto a quella dell'art. 2103 codice civile (come sostituito dall'art. 3, comma 1, d.lgs. 81/2015) e dell'art. 42 t.u. sicurezza. Ciò si desume dalla consapevole diversità lessicale: mentre il comma 5 dell'art. 2103 garantisce il trattamento retributivo *in godimento* per il caso di assegnazioni a mansioni inferiori a seguito della modifica degli assetti organizza-

tivi aziendali, o negli altri casi previsti dai contratti collettivi, e l'art. 42 il trattamento corrispondente alle mansioni *di provenienza* (al secondo comma "retribuzione corrispondente alle mansioni precedentemente svolte"), il decreto in esame parla di mansioni esercitate, cioè dopo il ricollocamento; ed è significativa anche l'insistenza sull'esclusione di qualsiasi compenso o emolumento, comunque denominato. E questa scelta risulta coerente con i presupposti dello svolgimento di mansioni inferiori: nei primi due casi, dipende da fattori indipendenti dalla volontà del lavoratore; nel terzo caso, da una sua libera scelta. E tale disciplina conferma, ancora una volta, che il comportamento di rifiuto, anche se libero, costituisce pur sempre un disvalore nei confronti della comunità, e consente una riduzione della retribuzione. Essa è infine coerente con quanto suggerito da autorevole dottrina, secondo cui la disciplina delle conseguenze del rifiuto non può essere premiante per chi intende effettuare questa scelta<sup>18</sup>.

Una notazione sul ricollocamento: stante l'obbligo di eliminare il rischio sancito dall'art. 15 t.u. sicurezza, e stante la latitudine del rischio di contagio secondo la mappatura Inail, sembra difficile un ricollocamento in mansioni da espletare in ambiente immune da contagio, salvo lo *smart working*.

Per le persone che abbiano controindicazioni mediche al vaccino, a norma del comma 2, il comma 10 dispone una disciplina speciale, dando il giusto rilievo al fatto che la mancata vaccinazione dipende da fattori estranei alla loro volontà: i liberi professionisti continuano a svolgere liberamente la propria attività, adottando le misure di prevenzione igienico sanitarie indicate in un protocollo che sarà emanato dal Ministro della salute, di concerto con giustizia, lavoro, politiche sociali, si presume in analogia con i protocolli condivisi della primavera 2020; gli altri lavoratori continuano a percepire la retribuzione precedente (è evidente l'influsso dell'art. 42 del t.u. sicurezza), e sono adibiti a mansioni *anche* diverse in modo da evitare il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2. Quell' "anche" significa che potrebbero continuare a svolgere le mansioni precedenti, adottando le misure di prevenzione, diverse dal vaccino, atte a ridurre il rischio di contagio con conservazione del trattamento retributivo. Stante la disciplina apposita, ed il mancato richiamo, non sembra che sia il caso dell'art. 3, comma 3 bis, del d.lgs. 216/2003, aggiunto dall'art. 9, comma 4, d.l. 76/2013, convertito in l. 99/2013, sugli accomodamenti ragionevoli al fine di garantire la parità di trattamento delle persone con disabilità<sup>19</sup>.

18 R. DE LUCA TAMAJO, in *Giustizia insieme* 30 marzo 2021, *Intervista di Marcello Basilico a Fabrizio Amendola, Raffaele de Luca Tamajo e Vincenzo Antonio Poso*.

19 Sul tema vedi Cass. 9 marzo 2021 n. 6497, secondo cui il datore di lavoro è tenuto ad adottare ogni ragionevole accomodamento organizzativo che, senza comportare oneri finanziari sproporzionati, sia idoneo a contemperare, in nome dei principi di solidarietà sociale, buona fede e correttezza, l'interesse del disabile al mantenimento di un lavoro confacente alla sua condizione psico-fisica con quello del datore a garantirsi una prestazione lavorativa utile all'impresa, anche attraverso una valutazione comparativa con le posizioni degli altri lavoratori, fermo il limite invalicabile del pregiudizio alle situazioni soggettive di questi ultimi aventi la consistenza di diritti soggettivi.

Questa possibilità per i soggetti del comma 2 di continuare a lavorare, nonostante la mancata vaccinazione, non deve essere vista come una incongruenza del sistema, bensì come un segnale dell'approccio pragmatico e non ideologico del legislatore al problema della salute pubblica: ove possibile, il vaccino, quale misura risolutiva per *eliminare* il rischio di contagio, come dimostrato dall'incontrovertibile esperienza storica; ove il vaccino non sia possibile, per controindicazioni non dipendenti dalla mera volontà potestativa del soggetto, altre misure meno efficaci, che comunque *riducono* il rischio di contagio.

## 7. Profili sistematici. Gli altri lavoratori non compresi nel d.l. 44/2021

Non si può non sottolineare la coincidenza di valutazioni tra il d.l. 44/2021 e la scala presuntiva di rischio di contagio per causa lavorativa disegnata dall'Inail con la sua circolare 13/2020, che pone in prima posizione la categoria dei sanitari, per i quali la probabilità di contagio è qualificata *elevatissima*.

Ma non si può neppure tacere la parzialità dell'intervento legislativo, alla luce della stessa scala presuntiva, e della obbligatorietà del vaccino per molte professionalità non strettamente sanitarie, ma esposte allo stesso rischio ambientale, nelle varie gradazioni di pericolo, a norma dello stesso d.l. 44/2021.

Non sembra perciò che il presente decreto possa precludere il dibattito su quali misure gli altri datori possano o debbano assumere per adempiere al proprio obbligo, penalmente sanzionato, di massima sicurezza sul lavoro, nei confronti dei lavoratori che non intendano vaccinarsi per propria libera scelta.

Infatti esistono altre categorie di lavoratori per i quali la probabilità di contagio nei confronti dei colleghi e dei terzi l'Inail dichiara *elevata*. Che differenza nel rischio di contagio c'è tra la commessa di una parafarmacia e la commessa di un supermercato, soggetta a contatti molto più numerosi? Sul piano fenomenologico della distribuzione del rischio, possiamo ricordare che diverse farmacie hanno assunto le dimensioni, almeno nelle grandi città, di centri commerciali piccolomedi, nei quali il banco dei medicinali rappresenta una frazione minoritaria delle vendite complessive, costituite soprattutto da prodotti per la persona, in spazi aperti e comunicanti, e con personale promiscuo. Se lo scopo è contenere il rischio di contagio attraverso i contatti interpersonali o in qualsiasi altra forma, non si può non fare riferimento alla scala presuntiva di rischio di contagio per causa lavorativa disegnata dall'Inail con la sua circolare 13/2020. Ed è vano obiettare che tale circolare è a fini previdenziali, perché il rischio di contagio è unico, anche se con riflessi differenti nei vari rami del diritto.

È necessario, per risolvere il conflitto tra obbligo di sicurezza del datore di lavoro (e del lavoratore) e la affermata libertà di vaccino di quest'ultimo, effettuare una breve ricognizione delle varie posizioni dottrinali sul punto.

## 8. Le soluzioni *ego focused*

Molti autorevoli studiosi ritengono che il contenuto precettivo prioritario dell'art. 32 della Costituzione consista nel garantire la libertà di cura dell'individuo contro interferenze di autorità varie, 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, possa 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 costituzionali o ordinarie a favore o a carico di altri membri della comunità<sup>20</sup>.

Una posizione di privilegio per i diritti individuali che trova riscontro nel pensiero dominante europeo, memore e reattivo alle devastanti esperienze storiche del secolo XX, riflesso di recente nella Risoluzione (priva di valore vincolante) dell'Assemblea parlamentare dei 47 Stati del Consiglio d'Europa di Strasburgo del 27 gennaio 2021, che invita i Governi a rendere noto ai cittadini che il vaccino non è obbligatorio e che la mancata vaccinazione non può costituire motivo di discriminazione. In effetti nessun altro Paese europeo ha emanato una legge sull'obbligo di vaccino anti-covid.

Senonché dall'Europa provengono messaggi molto contraddittori. Su impulso di alcuni Paesi mediterranei, in particolare la Grecia, per i quali l'industria turistica costituisce una posta importante dell'economia nazionale, la Commissione dell'Unione è decisa a varare il c.d. passaporto vaccinale, cioè un documento con cui il titolare possa dimostrare l'avvenuta vaccinazione, per avere così libero ingresso nel Paese. In sede di mediazione con i Paesi del centro-nord Europa recalcitranti, si è deciso di inserire la menzione di altri due trattamenti sanitari a carattere diagnostico, il tampone negativo e l'attivazione di anticorpi specifici a seguito di pregressa infezione.

Questa decisione significa due cose: che anche un diritto fondamentale come la libertà di movimento all'interno dell'Unione può subire limitazioni a causa di trattamenti sanitari non obbligatori; che gli stessi possono costituire oggetto di una clausola contrattuale in vari rapporti civilistici come quelli di trasporto, ostelleria, ristorazione e simili.

<sup>20</sup> 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 P. JERVOLINO, *Vaccinazione e pandemia tra diritto ed etica*, ivi 8/2/2021, in corso di pubblicazione su *Lavoro e previdenza oggi*.

Peraltro una breccia nella logica dell'orientamento *ego focused* è aperta da quella dottrina la quale ritiene che legittimamente un ospedale o una casa di cura privata possano pretendere la vaccinazione di medici ed infermieri, perché in questo caso la protezione della salute degli assistiti costituisce proprio l'oggetto della prestazione richiesta agli addetti del settore, pur in difetto di una legge attuativa dell'art. 32<sup>21</sup>.

## 9. Le proposte *group focused*; l'ordinanza del Tribunale Belluno

Altri studiosi pongono l'accento sulla pluralità dei valori tutelati dall'art. 32, sul suo carattere solidaristico, e sulla necessità di bilanciare le varie norme costituzionali ed ordinarie che tutelano interessi apparentemente contrastanti.

I pionieri di tale indirizzo sono stati Ichino e Guariniello, seguiti poi da altri studiosi, con percorsi distinti e concorrenti.

Per Ichino<sup>22</sup> il titolare di un diritto fondamentale ben può autolimitarsi nel suo esercizio, e farne oggetto di rapporti contrattuali. Fa l'esempio dei contratti di viaggio, di ristorazione, e dello stesso contratto di lavoro, che comporta diversi interventi sulla salute, con le visite di idoneità, le visite ispettive domiciliari etc. La vaccinazione costituisce pertanto un onere per poter espletare determinate attività, non un obbligo ai sensi dell'art. 32 Cost.

Il passaporto vaccinale ci sembra la migliore conferma di tale impostazione, che sta raccogliendo negli ultimi tempi in dottrina sempre maggiori condivisioni<sup>23</sup>. Altri autori<sup>24</sup> pongono l'accento sull'impostazione solidaristica del primo comma dell'art. 32, con l'aiuto della giurisprudenza costituzionale, secondo cui il principio della libertà di cura deve essere bilanciato con la tutela della salute

21 O. MAZZOTTA, *Vaccino anti-covid e rapporto di lavoro*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 1/2021.

22 P. ICHINO, *Perché e come l'obbligo di vaccino può nascere anche solo da un contratto di diritto privato*, in *Lavoro Diritti Europa*, 1/2021.

23 Da ultimo C. PISANI, *Il vaccino per gli operatori sanitari obbligatorio per legge e requisito essenziale per la prestazione*, in *Conversazioni cit.*, 7 aprile 2021; dello stesso A. Vaccino anti-covid: oneri e obblighi del lavoratore alla luce del decreto per gli operatori sanitari, in *MGL*, 2021, 149; in precedenza C. CESTER, in *Dibattito istantaneo*, in rivista *Labor* 23 gennaio 2021; L. DE ANGELIS, *Ragionando a caldo su vaccinazioni e rapporto di lavoro*, in *Dibattito istantaneo*, rivista *Labor* 17 febbraio 2021; R. DE LUCA TAMAJO, citato a nota 14: premesso che "il dibattito in atto appare appesantito da troppi distinguo e da uno spirito libertario che francamente andrebbero banditi in una fase storica in cui l'interesse generale deve essere anteposto con fermezza rispetto a conati di individualismo poco coerenti con la gravità del momento", afferma che nel momento in cui volontariamente un cittadino entra in un contratto di lavoro avente ad oggetto la cura e l'assistenza di pazienti "fragili" egli assume vincoli e obblighi in qualche misura dismissivi anche di libertà fondamentali.

24 R. RIVERSO, *L'obbligo di vaccino anti-covid nel rapporto di lavoro tra principio di prevenzione e principio di solidarietà*, in *Quale giustizia*, 18 gennaio 2021; dello stesso A. da ultimo, *Vaccini e rapporto di lavoro: obblighi, responsabilità e tutele*, in *Conversazioni cit.* 15 marzo 2021, di prossima pubblicazione sulla rivista *Il lavoro nella giurisprudenza*; A. DE MATTEIS, *Art. 32 Cost.: Diritti e doveri in tema di vaccinazione anti-covid*, in *Il giuslavorista* 15 febbraio 2021; dello stesso A. *Trattamenti sanitari nelle obbligazioni contrattuali. A proposito di vaccinazioni anti-covid*, in *Labor* 23 febbraio 2021.

pubblica. In questa prospettiva è stato sottolineato che il comma 2 dell'art. 32 si riferisce alla dimensione personalistica dell'individuo, e non laddove l'individuo operi in contatto con terzi, perché in tal caso viene in gioco anche l'interesse della collettività<sup>25</sup>. 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.

In questo ambito è stata considerata anche la giurisprudenza costituzionale sul valore dei vaccini meramente raccomandati, e tale raccomandazione è stata vista sul versante civilistico come criterio integratore del canone di prudenza richiesto dall'art. 1176 nei rapporti contrattuali<sup>26</sup>.

Parzialmente diverso il percorso di altri studiosi, a partire da Guariniello<sup>27</sup>, secondo cui nella trama delle norme ordinarie (art. 2087 cod. civ., 297 e 20 t.u. sicurezza) è possibile rinvenire la connessione tra più norme che sanciscono in maniera ineludibile e prioritaria l'obbligo di massima sicurezza del datore di lavoro ed il corrispondente obbligo di collaborazione a tale fine del lavoratore.

In tale quadro riteniamo si inserisca l'ulteriore apporto di Pascucci-Delegu<sup>28</sup> 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, con varie misure, fino al licenziamento. In questo quadro la mancata vaccinazione rileva non come esercizio di libertà o comportamento colpevole, ma come dato fattuale che causa inidoneità all'ambiente di lavoro, alla pari ad esempio della mancanza di un braccio per il lavoro alla pressa, e pertanto senza alcuna implicazione della tematica dell'obbligo di vaccino.

Questo orientamento sulla prevalenza dell'obbligo di sicurezza sembra accolto dalla prima pronuncia giudiziale sul tema, ordinanza del tribunale di Belluno 19 marzo 2021 n. 12, che ha respinto il ricorso ex art. 700 di alcuni operatori sanitari posti in ferie retribuite dal datore di lavoro per aver rifiutato di vaccinarsi. L'ordinanza è importante, non solo perché anticipatrice del successivo intervento legislativo, ma anche per il suo contenuto motivazionale, esaustivo nella stringatezza. L'ordinanza infatti non collega le *rationes decidendi* alla specificità delle mansioni degli operatori sanitari, ma al fatto che i ricorrenti siano impiegati in

<sup>25</sup> L. DE ANGELIS, *Ragionando a caldo* cit.

<sup>26</sup> A. DE MATTEIS cit.

<sup>27</sup> R. GUARINIELLO, *Covid 19, l'azienda può obbligare i lavoratori a vaccinarsi?*, in [www.ipsoa.it](http://www.ipsoa.it) 28 dicembre 2020; vedi anche POSO V.A., *Dibattito istantaneo* in Labor on-line, 27 gennaio 2021.

<sup>28</sup> P. PASCUCCI, A. DELOGU, *L'ennesima sfida della pandemia Covid 19: esiste un obbligo vaccinale nei contesti lavorativi?*, in *DSL* 1/2021, reperibile anche su *Conversazioni* cit.

mansioni a contatto con persone che accedono al loro luogo di lavoro, così istituendo, a nostro avviso, un collegamento inespresso con quella nozione ampia di rischio di contagio disegnata nella circolare Inail 13/2020, ed anche alla nozione di rischio di contagio assunta nel d.l. (attraverso i contatti interpersonali o in qualsiasi altro modo).

Sono state ovviamente sollevate critiche al carattere assertivo dell'ordinanza, specie in punto di fatto notorio, nozione peraltro utilizzata anche dalla Corte costituzionale nella sentenza 37/2021 sulla competenza esclusiva dello Stato nella profilassi internazionale.

Resta il fatto che l'ordinanza in esame segna un punto a favore del pensiero volto a consentire al datore di lavoro l'assolvimento dell'obbligo alla massima sicurezza sul luogo di lavoro, nell'interesse di tutti.

Nell'ottica di questo robusto orientamento dottrinale, un obbligo di vaccino è desumibile già dai principi generali dell'ordinamento e specificamente dalla trama di alcune norme del testo unico sicurezza.

Il d.l. 44/2021 avrebbe così il valore, positivo, di una conferma, alla pari dell'art. 42, l. 2020.

Anche qui le opinioni si dividono.

Secondo alcuni<sup>29</sup> il decreto legge 44 *ubi voluit dixit, ubi noluit tacuit*, e quindi per tutti gli altri lavoratori diversi dal personale sanitario rimane intatta la libertà di rifiutare il vaccino.

Per altri<sup>30</sup> la norma speciale non può derogare al sistema generale di tutela e sicurezza sul lavoro, che già contiene al suo interno l'obbligo di vaccino.

Altri<sup>31</sup> rilevano l'effetto paradossale per il quale per i sanitari per i quali è espressamente sancito l'obbligo di vaccino la conseguenza peggiore è la sospensione dal lavoro e dalla retribuzione per un tempo determinato, mentre per gli altri lavoratori la concatenazione normativa che parte dall'art. 15, d.lgs. 81/2008, potrebbe portare al licenziamento per inidoneità alla mansione.

Noi riteniamo che il problema vada risolto alla luce dell'insegnamento secondo cui 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 società<sup>32</sup>. Di qui l'imprescindibile opera dell'interprete nel dare coerenza al sistema normativo nel suo complesso<sup>33</sup>. Occorre quindi coordinare il d.l. 44/2021 con il testo unico 81, che

29 F. SCARPELI, *Arriva l'obbligo di vaccino (solo) per gli operatori sanitari: la disciplina ed i suoi problemi interpretativi*, in *Conversazioni di San Cerbone* cit., 3 aprile 2021, secondo cui la scelta del legislatore in favore di una categoria esclude quelle non menzionate; per l'insufficienza di tale criterio vedi PISANI cit.

30 RIVERSO, *Note* cit.

31 P. PASCUCCHI, C. LAZZARI, *Prime considerazioni di tipo sistematico sul d.l. 1 aprile 2021 n. 44*, in *DSL*, 1/2021, 152.

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

33 Come si esprime Cass. 1048/2018, est. Calafiore, sul nuovo infortunio.

costituisce il cardine di un sistema normativo unitario sulla salute e sicurezza sul lavoro, e ciò alla pari del testo unico 1124, che costituisce lo scheletro di un complesso normativo che si avvale del contributo di numerose altre fonti legislative, giurisprudenziali e dottrinali. In questo quadro la sospensione senza retribuzione ci appare come un suggerimento equilibrato del legislatore per assolvere l'obbligo di *eliminare* il rischio in tutte le situazioni di contagio secondo la mappatura Inail.

## 10. Rifiuto di vaccino e copertura previdenziale

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

Nella mancanza di direttive amministrative, precedenti giurisprudenziali, indirizzi univoci della dottrina, la direzione dell'ospedale ha chiesto lumi e direttive al dipartimento salute servizi sociali della regione Liguria, nonché all'Inail.

Non risulta che la Regione abbia risposto.

Ha risposto l'Inail, per gli aspetti previdenziali, con la nota 1 marzo 2021 della Direzione centrale rapporto assicurativo, affermando che gli infermieri che rifiutino il vaccino hanno diritto a tutte le prestazioni previdenziali, sulla base di due argomenti:

-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. 81/2008, il quale sancisce l'obbligo per il solo datore di lavoro di mettere a disposizione vaccini efficaci.

Intervenuto il d.l. 44/2021, cade l'argomento fondato sulla mancanza dell'obbligo di legge a vaccinarsi, perlomeno per il personale, sanitario e non sanitario, compreso nel campo di applicazione del decreto legge.

Per il personale non compreso in tale decreto, perplessità derivano dalla presa di posizione dell'Inail sull'interpretazione dell'art. 279, a fronte del crescente consenso dottrinale alla tesi dell'esistenza del nostro ordinamento, per varie vie, di un obbligo contrattuale di vaccinarsi.

In altra sede abbiamo espresso le nostre riserve sull'argomento relativo alla mancanza di comportamento abnorme al fine di configurare il rischio elettivo nell'infermiere che rifiuti il vaccino<sup>34</sup>.

Abbiamo cercato di dimostrare che la nozione di rischio elettivo quale comportamento abnorme è stato elaborato dalla giurisprudenza di legittimità nell'ambito degli atti che esulano dalla normalità del processo produttivo, mentre in altri

<sup>34</sup> A. DE MATTEIS, *Infermieri che rifiutano il vaccino anti-covid: note critiche sulla direttiva Inail, anche alla luce del d.l. 44/2021*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2/2021.

campi, come l'infortunio in itinere, la stessa giurisprudenza configura tale rischio, che esclude la tutela, in termini molto più rigorosi, comprendendovi anche comportamenti leciti, ma che esulano dalla finalità di tutela, che è quella di tutelarlo contro i rischi della circolazione stradale. È vero che tali comportamenti incoerenti con la finalità di tutela sono individuati dall'art. 12 nel d.lgs. 38/2000, e pertanto fanno parte della fattispecie normativa, ma si deve osservare, da una parte, che la norma, con la sua previsione espressa, conferma l'essenza del rischio elettivo quale comportamento di libera scelta del lavoratore per fini incoerenti con la finalità di tutela, che viene per tale motivo esclusa; dall'altra che la giurisprudenza attribuisce alla casistica della norma valore esemplificativo. Mentre l'art. 2, comma 1, t.u. 1124, menziona l'occasione di lavoro senza ulteriori specificazioni, per individuare gli eventi che nell'ambito dell'attività protetta rientrano nella tutela<sup>35</sup>, 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<sup>36</sup>.

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 dell'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<sup>37</sup>.

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 patente<sup>38</sup>, ma anche di guida con patente diversa da quella prescritta per il vei-

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

36 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.

37 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 l'infortunio che si verifichi nel corso dell'attività lavorativa vera e propria; Cass. 29 luglio 2009, n. 17655; Cass. 18 febbraio 2015, n. 3292.

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

colo condotto<sup>39</sup>; nonché per la violazione di altre norme fondamentali del codice della strada, come il percorrere spazi interdetti al traffico privato<sup>40</sup>, o il sorpasso vietato<sup>41</sup>.

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 strada<sup>42</sup>.

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 bar<sup>43</sup>. Ora la responsabilità che si richiede al cittadino lavoratore nella prevenzione del rischio di contagio ci sembra più vicina alla diligenza richiesta nell'infortunio in itinere che alla protezione dell'attività lavorativa in sé.

Certo, la posizione ecumenica dell'Inail fa onore all'Istituto, come quella della Chiesa che aiuta credenti e non credenti; può aver influito anche l'impressione ed il rifiuto di essere strumentalizzato a fini impropri di contenimento della pandemia; ma noi continuiamo a ritenere che il comportamento di un lavoratore

<sup>39</sup> Cass. 8 aprile 2021, n. 9375.

<sup>40</sup> 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.

<sup>41</sup> 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.

<sup>42</sup> Cass. 3 agosto 2005, n. 16282 e Cass. 10 settembre 2009, n. 19496: lavoratori infortunati nell'attraversare i binari, anziché utilizzare il sottopassaggio ferroviario;

<sup>43</sup> 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 pasto 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*).

che rifiuti il vaccino, senz'altro motivo che non sia la propria volontà, e senza alcun riguardo per la salute e la vita degli altri membri della comunità di lavoro e della nazione. meriti la valutazione e gli effetti di un rischio elettivo.

## RIASSUNTO

L'autore tratta i seguenti argomenti:

- ricerca del fondamento normativo e sistemico della tutela infortunistica di una pandemia come il Covid-19, partendo dalla dicotomia dell'art. 2 t.u. 1124 fino alla previsione specifica dell'art. 42, l. 27/2020;
- il significato probatorio della mappatura del rischio di contagio disegnata dall'Inail nella circolare 13/2020;
- le obbligazioni di sicurezza del datore di lavoro e quelle correlate del lavoratore, alla luce dell'art. 2087 c.c. e delle varie posizioni dottrinali;
- in tale ambito, l'obbligo di vaccino sancito dal d.l. 44/2021; la platea delle persone obbligate alla vaccinazione anti-covid, la procedura; il coinvolgimento del datore di lavoro;
- la collocazione sistemica del d.l. 44/2021 nell'ambito della sicurezza sul lavoro ed il d.lgs. 81/2008;
- le conseguenze del rifiuto di vaccino nell'ambito del rapporto di lavoro e nel rapporto previdenziale.

## SUMMARY

The author covers the following topics:

- research of the normative and systemic basis of the accident protection of a pandemic such as Covid-19, starting from the dichotomy of art. 2 t.u. 1124 up to the specific provision of art. 42 l. 27/2020;
- the evidential significance of the mapping of the risk of contagion within the Inail's circular 13/2020 framework;
- the safety obligations of the employer and the related obligations of the worker, in the light of Article 2087 of the Civil Code and the various doctrinal positions;
- in this context, the obligation to vaccinate as per Law Decree- 44/2021; the population obliged to vaccination anti-covid, the procedure; the involvement of the employer;
- the systemic collocation of legislative decree 44/2021 in the context of safety at work and legislative decree 81/2008;
- the consequences of the refusal to vaccinate in the context of the employment and social security relationship.

# COVID-19: ESISTE UN OBBLIGO ALLA VACCINAZIONE?\*

PAOLO PASCUCCI\*\*

## SOMMARIO

1. Il dibattito. - 2. La riserva di legge dell'art. 32 Cost. - 3. Trattamenti sanitari obbligatori e misure di prevenzione. - 4. Mancanza dell'obbligo vaccinale e conseguenze della non vaccinazione: valutazione del rischio e sorveglianza sanitaria. - 5. I riflessi sistematici dell'art. 4 del d.l. 44/21. - 6. Mancata vaccinazione e rischio elettivo?.

## 1. Il dibattito

Come dimostra il vivace dibattito sviluppatosi da qualche mese a questa parte, la questione relativa alla sussistenza o meno di un obbligo vaccinale nei contesti lavorativi costituisce l'ennesima sfida della pandemia da Covid-19 al nostro sistema di tutela della salute e sicurezza sul lavoro.

Un dibattito che, al di là delle diverse posizioni e dei diversi accenti, ha giustamente portato all'attenzione lo specifico rilievo che la questione della vaccinazione assume nelle relazioni di lavoro, da sempre caratterizzate dall'intreccio di poteri e doveri in capo alle parti del rapporto di lavoro, con ciò che può conseguirne in termini di responsabilità tra di esse nonché nei confronti dei terzi. Un

\* Nel presente scritto, che riproduce il testo della relazione presentata al webinar su "L'impatto della pandemia. I cambiamenti sul lavoro e sulla salute e sicurezza. Valutazione dei rischi, profilassi vaccinale, protocolli Covid-19, infortuni sul lavoro", organizzato da Ispettorato nazionale del lavoro e Inail (28 aprile 2021), sono riprodotti in sintesi i principali contenuti dei saggi di P. PASCUCCI, A. DELOGU, *L'ennesima sfida della pandemia Covid-19: esiste un obbligo vaccinale nei contesti lavorativi?* e di P. PASCUCCI, C. LAZZARI, *Prime considerazioni di tipo sistematico sul d.l. 1 aprile 2021, n. 44*, entrambi in "Diritto della Sicurezza sul Lavoro-Rivista dell'Osservatorio Olympus", 2021, I, rispettivamente p. 81 ss. e p. 152 ss., ai quali si rinvia anche per i riferimenti bibliografici sul tema. Data l'epoca in cui la relazione è stata presentata, questo scritto, che la riproduce, non tiene conto di quanto avvenuto successivamente sul piano normativo (green pass ecc.).

\*\* Professore ordinario di diritto del lavoro nell'Università di Urbino Carlo Bo e Presidente dell'Osservatorio "Olympus".

dibattito sul cui orizzonte si staglia l'imprescindibile affermazione dell'art. 32 Cost. sui trattamenti sanitari, fra i quali rientrano a pieno titolo le vaccinazioni. Nessun dubbio infatti può esserci sul fatto che la vaccinazione costituisca un *trattamento sanitario*: un concetto che si riferisce a qualunque «attività diagnostica o terapeutica, volta a prevenire, o a curare malattie», o, in altri termini, a un intervento medico finalizzato alla tutela della salute.

## 2. La riserva di legge dell'art. 32 Cost.

Come è noto, dopo aver sancito, al comma 1, che la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, l'art. 32 Cost. stabilisce nel comma 2 che nessuno può essere obbligato a un *determinato* trattamento sanitario se non per disposizione di legge, non potendo la legge in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.

Questa duplice dimensione della salute - individuale e collettiva - oltre a fornire la misura della complessità di tale concetto, evidenzia anche il potenziale conflitto tra le due dimensioni. Un conflitto che può deflagrare proprio in relazione all'applicazione di un trattamento sanitario ove, rivendicandosi l'indisponibilità del diritto individuale alla salute, si rischi non solo di compromettere la stessa sopravvivenza del suo titolare, ma anche e soprattutto di mettere a repentaglio la salute della collettività, come appunto nel caso del rifiuto individuale di vaccinarsi a fronte di una pandemia.

Un conflitto che, stante l'estrema rilevanza delle due dimensioni della salute, può essere governato - come chiarito dalla Corte costituzionale - solo mediante il principio del contemperamento il cui punto di equilibrio, ove la tutela della dimensione collettiva della salute postuli l'obbligo di un trattamento sanitario, può essere individuato solo per disposizione di legge, preservando comunque il nucleo essenziale del diritto individuale alla salute consistente nel rispetto della persona umana.

Al di là dell'esatta natura della riserva di legge di cui all'art. 32, appare più che ragionevole che la legge imponga *specificamente* l'obbligo di un determinato trattamento sanitario, mediante un esplicito ed inequivoco richiamo di tale trattamento, e non in modo generico, suscettibile di diverse e fuorvianti interpretazioni.

## 3. Trattamenti sanitari obbligatori e misure di prevenzione

Se la necessità di una legge *ad hoc* appare indiscutibile per imporre l'obbligo vaccinale alla generalità dei cittadini, ci si chiede se, negli ambiti lavorativi, in cui già esistono disposizioni legislative volte a tutelare la salute e la sicurezza di chi

lavora, queste ultime possano essere considerate anche già attuative della riserva di legge costituzionale, potendosi quindi fondare su di esse l'obbligo vaccinale. In effetti, non mancano ipotesi in cui certi trattamenti sanitari sono configurati come misure di prevenzione per i lavoratori e risultano obbligatori appunto in forza di una o più disposizioni di legge emanate da tempo.

Si pensi all'obbligo di sottoporsi alla vaccinazione antitetanica per tutte le categorie di lavoratori indicate dalla l. 292/63.

E si pensi anche ad un altro trattamento sanitario configurabile come misura di prevenzione per i lavoratori, vale a dire le visite effettuate dal medico competente nell'ambito della sorveglianza sanitaria di cui all'art. 41 del d.lgs. 81/08: visite che, in quanto accertamenti diagnostici, costituiscono inequivocabilmente trattamenti sanitari la cui obbligatorietà trova esplicito fondamento in specifiche disposizioni di legge, in particolare nel combinato disposto degli artt. 20, comma 2, lett. *i*, 41, 42 e 18, comma 1, lett. *g*, del d.lgs. 81/08.

### *3.1. Riserva di legge e art. 2087 c.c.*

La disposizione di legge su cui si è tentato di far maggiormente leva per sostenere la sussistenza dell'obbligo vaccinale è la norma cardine del nostro sistema di prevenzione: quell'art. 2087 c.c. che configura l'obbligo di sicurezza del datore di lavoro imponendogli di adottare tutte le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, tutelino l'integrità fisica e la personalità morale dei lavoratori.

Norma dalla quale traspare che i lavoratori, in quanto creditori dell'obbligo di sicurezza datoriale, debbono cooperare all'adempimento di tale obbligo rispettando le misure di prevenzione adottate dal datore di lavoro alla luce dell'art. 2087 c.c. Una cooperazione creditoria non semplicemente onerosa, come normalmente accade nei rapporti obbligatori, bensì doverosa perché l'obbligo di sicurezza gravante sul datore di lavoro è posto non solo nell'interesse di ogni lavoratore/creditore in virtù di ogni singolo contratto individuale di lavoro, ma anche nell'interesse di tutta la compagine aziendale affinché l'organizzazione dell'impresa nel suo complesso sia salubre e sicura. D'altronde, l'art. 2087 c.c. individua al plurale - «prestatori di lavoro» - chi beneficia dell'attività di prevenzione che grava sull'imprenditore, laddove tutte le altre norme del codice civile relative al contratto di lavoro si riferiscono al «prestatore di lavoro» sempre solo al singolare.

Senonché, si può seriamente dubitare che l'art. 2087 c.c. possa essere chiamato in causa in merito alla questione dell'obbligo vaccinale. E ciò non tanto perché l'art. 29-bis del d.l. n. 23/2020 lo avrebbe sterilizzato, come sostengono alcuni, prevedendo che i datori di lavoro adempiono l'obbligo di sicurezza solo mediante il rispetto dei protocolli.

L'impossibilità di invocare l'art. 2087 c.c. a fondamento dell'obbligo vaccinale

deriva piuttosto dal fatto che, pur potendosi qualificare la vaccinazione come una misura di prevenzione - come riconosciuto anche dal Tribunale di Belluno nella prima pronuncia resa sul tema - essa tuttavia non cessa per ciò stesso di essere innanzitutto un 'trattamento sanitario'.

Pur condividendo con le altre misure di prevenzione che possono venire in luce ai sensi dell'art. 2087 c.c. la finalità di tutelare la salute del lavoratore, il trattamento sanitario presenta un elemento fenomenologico aggiuntivo: la sottoposizione del lavoratore ad una specifica attività medica che riguarda la sua sfera personalissima interagendo direttamente con la sua dimensione psico-fisica. Un elemento assente nelle altre misure di prevenzione, le quali al più incidono, in termini comportamentali, sul modo in cui il lavoratore esegue la prestazione: si pensi all'uso dei dispositivi di protezione individuale o collettiva o alle altre misure relative all'organizzazione del lavoro.

Ben può il vaccino costituire una misura di prevenzione purché però si consideri e si rispetti la sua peculiare natura di trattamento sanitario che, in quanto tale, per la sua intima relazione con la sfera personalissima del lavoratore, non può essere imposto se non per *specifica* disposizione di legge ai sensi dell'art. 32 Cost. E deve trattarsi di una legge statale e non regionale, vertendosi qui in una materia - quella della «profilassi internazionale», comprensiva, come ha affermato la Corte costituzionale proprio a proposito della Covid-19, «di ogni misura atta a contrastare una pandemia sanitaria in corso, ovvero a prevenirla» - di esclusiva competenza dello Stato *ex art. 117, comma 2, lett. q, Cost.*

### ***3.2. Riserva di legge e art. 20 del d.lgs. 81/08***

La riserva di legge di cui all'art. 32, comma 2, Cost. non può dirsi soddisfatta neppure dall'art. 20 del d.lgs. 81/08, nel quale non si rinviene alcun esplicito fondamento ad un obbligo di vaccinazione sia là dove individua l'ampia gamma di comportamenti doverosi del lavoratore (comma 2, lett. *a, b, c, d*), sia quando obbliga il lavoratore a prendersi cura della propria salute e sicurezza e di quella delle altre persone presenti sul luogo di lavoro, su cui ricadono gli effetti delle sue azioni od omissioni (comma 1): una formulazione troppo generica rispetto a quanto richiesto a livello costituzionale.

### ***3.3. Riserva di legge e art. 279 del d.lgs. 81/08***

Né, a ben guardare, la riserva di legge dell'art. 32, comma 2, Cost. si inverte nell'art. 279 del d.lgs. 81/08, inserito nel Titolo X di tale decreto dedicato agli agenti biologici, il quale, dopo aver previsto al comma 1 che, ove l'esito della valutazione del rischio ne rilevi la necessità, i lavoratori esposti ad agenti biologici sono

sottoposti alla sorveglianza sanitaria di cui all'art. 41, al comma 2 stabilisce che il «datore di lavoro, su conforme parere del medico competente, adotta misure protettive particolari per quei lavoratori per i quali, anche per motivi sanitari individuali, si richiedono misure speciali di protezione, fra le quali:

- a) la messa a disposizione di vaccini efficaci per quei lavoratori che non sono già immuni all'agente biologico presente nella lavorazione, da somministrare a cura del medico competente;
- b) l'allontanamento temporaneo del lavoratore secondo le procedure dell'articolo 42».

Dal tenore complessivo dell'art. 279 non può evincersi un obbligo di vaccinazione. Da un lato, la messa a disposizione dei vaccini efficaci costituisce solo una delle misure speciali di protezione, nominate e non, evocate dal legislatore, ponendosi in una logica di alternatività con le altre. Da un altro lato, lo stesso art. 279, al comma 5, prevedendo che il medico competente fornisce ai lavoratori adeguate informazioni sui vantaggi ed inconvenienti della vaccinazione e della non vaccinazione, inquadra l'intervento vaccinale più in termini di opportunità che di obbligo. E, peraltro, affidando la somministrazione dei vaccini al medico competente, l'art. 279, comma 2, lett. *a*, fornisce una indicazione sul metodo della vaccinazione, ma non sulla sua obbligatorietà.

Le previsioni dell'art. 279 sulle vaccinazioni debbono essere comunque interpretate nel senso che l'obbligo dei lavoratori a sottoporsi alle stesse, in quanto trattamenti sanitari, richiede comunque un'esplicita disposizione di legge che integri la generica previsione dell'art. 279.

E tale conclusione varrebbe anche ove mai si pretendesse di interpretare in senso estensivo l'art. 279, vale a dire ritenendo che il suo riferimento all'«agente biologico presente nella lavorazione» (comma 2, lett. *a*) riguardasse anche rischi biologici non specifici o professionali. Un'interpretazione estensiva che, a ben guardare, parrebbe però preclusa dal fatto che, come altre disposizioni del Titolo X, anche l'art. 279 è presidiato da sanzioni penali (art. 282, comma 2, lett. *a*) e, in quanto tale, è soggetto a stretta interpretazione *ex art.* 14 delle preleggi.

### 3.4. La classificazione del SARS-CoV-2

Né a conclusioni diverse in merito alla necessità di un'esplicita legge *ad hoc* può indurre il fatto che la direttiva della commissione 2020/739 del 3 giugno 2020 ha modificato l'allegato III della direttiva 2000/54/CE, inserendo il SARS-CoV-2 nell'elenco degli agenti biologici che possono causare malattie infettive nell'uomo, inquadrandolo nel gruppo 3 degli agenti biologici.

La classificazione del SARS-CoV-2 - ora esplicitamente contemplato nel Titolo

X - non comporta per ciò stesso l'insorgenza dell'obbligo vaccinale contro tale virus. Poiché alcuni adempimenti previsti dallo stesso Titolo X (come quelli connessi alla valutazione dei rischi) variano a seconda del tipo di agente biologico con cui si ha a che fare, la classificazione del SARS-CoV-2 inciderà solo sull'entità di tali adempimenti, ovviamente sempre in relazione alle attività lavorative cui è applicabile il Titolo X.

### ***3.5. Il ruolo delle parti sociali***

D'altra parte, un obbligo vaccinale non potrebbe essere previsto neppure dalle parti sociali, essendo demandato solo al legislatore il potere di effettuare il bilanciamento fra libertà del singolo e tutela della salute pubblica presupposto dall'art. 32 Cost. E, infatti, correttamente il «Protocollo nazionale per la realizzazione dei piani aziendali finalizzati all'attivazione di punti straordinari di vaccinazione anti SARS-CoV-2/Covid-19 nei luoghi di lavoro» del 6 aprile scorso, ha ribadito il carattere volontario dell'adesione, sia dal lato del lavoratore sia del datore di lavoro.

### ***3.6. Vaccini obbligatori e vaccini raccomandati***

Infine, in termini più generali, il fondamento dell'obbligo vaccinale non può neppure rinvenirsi nella sostanziale equiparazione fra *vaccini obbligatori* e *vaccini raccomandati* che la Corte costituzionale ha istituito solo in relazione all'indennizzo da riconoscere a coloro che abbiano subito danni a seguito di procedure vaccinali.

Cosicché, nessun sostegno all'obbligatorietà della vaccinazione può rinvenirsi nella evidente logica di raccomandazione che permea sia le disposizioni della legge di bilancio 2021 sia il conseguente piano strategico per la vaccinazione.

## **4. Mancanza dell'obbligo vaccinale e conseguenze della non vaccinazione: valutazione del rischio e sorveglianza sanitaria**

La mancanza di una specifica legge che ponga l'obbligo vaccinale non significa tuttavia che la mancata vaccinazione non possa produrre alcuna conseguenza. È evidente che ogni considerazione in merito a ciò presuppone la piena disponibilità dei vaccini. Senonché, nel momento in cui, anche grazie agli importanti impegni assunti con il protocollo del 6 aprile scorso, la campagna vaccinale potrà finalmente raggiungere capillarmente tutti i lavoratori, sarebbe irragionevole che l'omessa vaccinazione fosse del tutto irrilevante.

Se, come rilevato, l'art. 279 del d.lgs. 81/08 non può costituire il fondamento per l'obbligo alla vaccinazione, nondimeno esso, nell'ambito della propria applicazione, delinea un modello regolativo volto a valorizzare i vaccini delineando significative conseguenze nel caso in cui non si intenda accettarli. Un modello che, a ben guardare, è rinvenibile anche alla luce delle disposizioni generali del Titolo I del d.lgs. 81/08 al di là dello specifico ambito di applicazione del Titolo X e che risponde correttamente al principio sancito dall'art. 2087 c.c.

Il primo tassello di tale modello risiede nell'art. 29, comma 3, del d.lgs. 81/08 là dove prevede che la valutazione dei rischi deve essere immediatamente rielaborata, tra l'altro, «in relazione al grado di evoluzione della tecnica, della prevenzione o della protezione». In effetti, non può dubitarsi che il grado della prevenzione e protezione sia decisamente mutato nel momento in cui è divenuto disponibile un vaccino presumibilmente efficace. Infatti, mediante la vaccinazione il rischio non è più solo contenibile, attraverso dispositivi di protezione individuale o collettiva, ma è potenzialmente - con tutte le riserve del caso - eliminabile alla fonte, in una logica di prevenzione primaria. In altri termini, la disponibilità del vaccino impone una revisione della valutazione dei rischi in funzione della possibile eliminazione del fattore di rischio piuttosto che un suo semplice contenimento e/o riduzione, cui si è fatto affidamento sinora.

Peraltro, poiché l'art. 29, comma 3, prevede che, a seguito della rielaborazione della valutazione del rischio, le misure di prevenzione debbono essere aggiornate, non potendosi imporre l'obbligo vaccinale in mancanza di una legge *ad hoc*, non si potrà tuttavia non prevedere una diversa cadenza o, addirittura, la stessa attivazione della sorveglianza sanitaria.

Il secondo tassello, dunque, si rinviene nell'art. 41, comma 1, lett. *b*, del d.lgs. 81/08 là dove si occupa della visita medica periodica per controllare lo stato di salute dei lavoratori ed esprimere il giudizio di idoneità alla mansione specifica, prevedendo che la periodicità di tali accertamenti, qualora non prevista dalla relativa normativa, sia stabilita, di norma, in una volta l'anno, potendo peraltro assumere cadenza diversa, stabilita dal medico competente in funzione della valutazione del rischio. Pertanto, essendo stata aggiornata la valutazione dei rischi, il medico competente dovrebbe modificare la cadenza per la visita periodica sottoponendo il prima possibile i lavoratori alla relativa visita. In tal senso soccorre l'art. 18, comma 1, lett. *g*, del d.lgs. 81/08 in cui si afferma che il datore di lavoro invia i lavoratori a visita, ma sollecita anche il medico competente al rispetto dei propri obblighi, tra cui l'effettuazione della sorveglianza sanitaria.

E sarà in occasione di tale visita - ecco il terzo tassello - che il medico competente valuterà l'idoneità dei lavoratori alle proprie mansioni alla luce del fatto che si siano vaccinati o meno, potendo esprimere un giudizio di inidoneità (con quanto ne conseguirà *ex art. 42*) ove ritenga che, nonostante l'utilizzo degli altri dispositivi di protezione, il singolo lavoratore sia esposto (e/o esponga altri) ad un rischio eccessivo che sarebbe scongiurabile mediante la vaccinazione. Un giu-

dizio, sia chiaro, che va espresso caso per caso, senza alcuna generalizzazione o pregiudiziale, dovendosi valutare attentamente se nel singolo caso di specie la mancata vaccinazione incida o meno sull'idoneità alla mansione.

In tal modo, senza forzature rispetto all'art. 32 Cost. e avvalendosi del giudizio tecnico espresso dal soggetto che la legge gli affianca per valutare l'idoneità dei lavoratori, il datore di lavoro potrà garantire la sicurezza dei lavoratori unitamente a quella dell'ambiente di lavoro, a maggior ragione ove questo sia frequentato anche da altri soggetti; e, ovviamente, sarebbe posto al riparo da eventuali contestazioni essendo stato supportato dal giudizio del medico. Un giudizio, quest'ultimo, oltretutto sindacabile da parte di un organo terzo quale la commissione medica ai sensi dell'art. 42, comma 9, del d.lgs. 81/08. In tal modo, si eviterebbe di affidare al soggettivismo datoriale un'iniziativa che, in quanto volta a tutelare l'interesse collettivo, pubblico e generale, non dovrebbe prestare il fianco a dubbi e incertezze.

Sotto altro profilo, va considerato che il dato della vaccinazione è un dato sensibile che può porre seri problemi in termini di tutela della *privacy*, considerato che, secondo l'opinione espressa dal Garante, il datore di lavoro non può accedere a simili informazioni. Quindi, anche in questo senso appare necessario l'intervento del medico competente.

## 5. I riflessi sistematici dell'art. 4 del d.l. 44/21

Il dibattito sull'obbligo vaccinale si è di recente arricchito di un importante elemento, avendo il legislatore, con l'art. 4 del d.l. 44/21, introdotto l'obbligo vaccinale per «gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie, parafarmacie e negli studi professionali».

Al di là dei contenuti specifici di tale decreto, che esulano da questo intervento, vanno qui segnalate le sue ricadute sistematiche anche al di là del suo campo di applicazione.

La prima di tali ricadute è la conferma della necessità che l'obbligo vaccinale per la generalità dei lavoratori, o solo per alcune categorie, sia posto da una specifica disposizione di legge *ad hoc* ai sensi dell'art. 32, comma 2, Cost., non essendo altrimenti possibile rinvenire il fondamento giuridico di una pretesa siffatta nei confronti del prestatore di lavoro.

La seconda ricaduta riguarda le conseguenze dell'inidoneità alla mansione causata dalla mancata vaccinazione. Il d.l. 44/21 prevede infatti che, ove non siano disponibili mansioni diverse, anche inferiori, a cui il lavoratore potrebbe essere adibito - senza peraltro la garanzia del mantenimento del trattamento retributivo originario - il lavoratore sia sospeso senza retribuzione dal diritto di svolgere pre-

stazioni o mansioni che implicano contatti interpersonali o comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2, così escludendo implicitamente il licenziamento, tanto disciplinare che per giustificato motivo oggettivo.

Se la scelta di escludere il licenziamento può essere comprensibile, anche a fronte delle incertezze che ancora circondano i vaccini, dalla sopravvenuta disciplina speciale del d.l. 44/21 potrebbe, però, emergere una irragionevole e ingiustificata disparità di trattamento nei confronti dei lavoratori estranei all'ambito di applicazione del d.l. 44/21, per i quali la vaccinazione non è un obbligo ma un onere. Questi, infatti, in esito alla valutazione d'idoneità alla mansione *ex art.* 42 del d.lgs. 81/08, potrebbero correre il rischio - ove non fossero disponibili mansioni diverse 'non di contatto', anche inferiori, in questo caso con la conservazione del trattamento 'di provenienza' - di essere licenziati per giustificato motivo oggettivo (quando cesserà il blocco dei licenziamenti). Una conseguenza paradossale considerando che i 'non obbligati' verrebbero penalizzati ben più degli 'obbligati'.

Di qui la necessità di adottare per i 'non obbligati' un'interpretazione costituzionalmente orientata (alla luce dell'art. 3 Cost.) dell'art. 42 del d.lgs. 81/08 che escluda la *extrema ratio* del licenziamento, ferma restando però la difficoltà di capire cosa accada ove non siano disponibili mansioni 'non di contatto', poiché la sospensione senza retribuzione prevista per gli 'obbligati' potrebbe forse rappresentare un rimedio eccessivo per chi obbligato non è.

Così come, per altro verso, resta impregiudicata l'oggettiva difficoltà, al di fuori del campo di applicazione del nuovo decreto, di accedere a un'interpretazione dell'idoneità come necessariamente temporanea, stante la problematica definizione, da parte del medico competente, dei limiti temporali di validità della stessa, secondo quanto richiesto dall'art. 41, comma 7, del d.lgs. 81/08.

Onde evitare un problematico 'effetto domino' potrebbe dunque essere opportuno un ritocco legislativo che, pur confermando le regole più stringenti per i soggetti destinatari dell'obbligo vaccinale chiamati in causa dal d.l. 44/21, non trascurasse di considerare i problemi che affiorano negli altri contesti produttivi. In questi ultimi, fermo restando l'intreccio delle previsioni del d.lgs. 81/08 sulla valutazione dei rischi e sulla sorveglianza sanitaria, sarebbe opportuna una specifica ridefinizione legislativa *in parte qua* delle conseguenze della valutazione d'idoneità, che ben potrebbe realizzarsi anche in sede di conversione del decreto legge.

## 6. Mancata vaccinazione e rischio elettivo?

Un'ultimissima considerazione sulla possibilità di considerare il rifiuto del vaccino come una sorta di "rischio elettivo", che impedirebbe al lavoratore renitente alla vaccinazione che contragga il virus, di beneficiare della copertura assicurativa Inail: possibilità recisamente esclusa in una recente istruzione dell'Inail.

In realtà, se nemmeno il mancato utilizzo di dispositivi di protezione individuale può costituire un limite all'operatività di detta tutela, come ricorda l'Inail, a maggior ragione ciò dovrebbe valere nel caso della mancata vaccinazione che, anche là dove sia obbligatoria, non configura un reato, a differenza della fattispecie, penalmente sanzionata, risultante dal combinato disposto degli artt. 20, comma 2, lett. *d*, e 59, comma 1, lett. *a*, del d.lgs. 81/08 sul mancato utilizzo di dispositivi di protezione individuale.

D'altronde, a fronte della mancata vaccinazione del lavoratore, il datore di lavoro dovrebbe comunque adottare le misure preventive e protettive necessarie a scongiurare il contagio - a partire dalla sorveglianza sanitaria - cosicché l'assenza di copertura vaccinale e il conseguente contagio non potrebbero configurare eventi imprevedibili e abnormi tali da escludere le responsabilità datoriali, sterilizzando la copertura assicurativa.

## RIASSUNTO

Il saggio ricostruisce le principali questioni emerse nel recente dibattito sulla sussistenza di un obbligo vaccinale anti Covid-19 nei rapporti di lavoro, sottolineando, da un lato, la decisiva importanza della previsione dell'art. 32 Cost., in base alla quale l'obbligatorietà di un trattamento sanitario, quale certamente è la vaccinazione, può essere imposta solo mediante la legge e, da un altro lato, che, in assenza di tale legge, la mancata vaccinazione può comunque produrre conseguenze sul rapporto di lavoro con riferimento alla idoneità alla mansione, come peraltro accade anche nel caso in cui la legge ha imposto un obbligo al personale sanitario.

## SUMMARY

The essay reconstructs the main issues emerging in the recent debate on the existence of an anti Covid-19 vaccination obligation in employment relationships, underlining, on the one hand, the decisive importance of the provision of art. 32 of the Constitution, according to which the mandatory health treatment, which certainly is vaccination, can only be imposed by law and, on the other hand, that, in the absence of this law, failure to vaccinate can still produce consequences on the employment relationship with reference to suitability for the job, as also happens in the case in which the law has imposed an obligation on healthcare personnel.

# LA SORVEGLIANZA SANITARIA E LA VACCINAZIONE ANTI-SARS-COV-2 PER GLI OPERATORI SANITARI INAIL

P. ROSSI\*, E. GALLO \*\*, A. MELE\*\*\*, D.R. VANTAGGIATO\*\*\*, P. DI PALMA\*\*\*\*

## SOMMARIO

1. Premessa. - 2. La vaccinazione anti-SARS-CoV-2 come misura di protezione del lavoratore. - 3. L'efficacia del vaccino come ulteriore elemento di protezione primaria e secondaria. - 4. Il medico competente e la protezione degli operatori sanitari e socio-sanitari in epoca COVID-19. - 5. La sorveglianza sanitaria degli operatori sanitari e socio-sanitari in epoca COVID-19 nelle strutture sanitarie dell'Inail. - 6. Conclusioni.

## 1. Premessa

Il presente lavoro si propone di esaminare la tematica della vaccinazione anti-Sars-CoV-2 negli operatori sanitari dal punto di vista strettamente sanitario per gli aspetti che hanno un riflesso su:

- 1) promozione della salute;
- 2) sorveglianza sanitaria e giudizio di idoneità;
- 3) risk management sanitario.

L'intento che ci si propone prescinde, quindi, dal recente intervento normativo di cui al decreto legge 1 aprile 2021, n. 44<sup>1</sup> con il quale, all'art. 4, comma 1, è

\* Sovrintendente sanitario centrale Inail.

\*\* Medico Inail per l'emergenza COVID-19, Sovrintendenza sanitaria centrale.

\*\*\* Dirigente Medico I livello Sovrintendenza sanitaria centrale Inail.

\*\*\*\* Dirigente medico II livello Direzione territoriale di Savona Inail.

1 Decreto legge 1 aprile 2021, n. 44 "Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici". Art. 4 Disposizioni urgenti in materia di prevenzione del contagio da SARS-CoV-2 mediante previsione di obblighi vaccinali per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario: «1. In considerazione della situazione di emergenza epidemiologica da SARS-CoV-2, fino alla completa attuazione del piano di cui all'articolo 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, e comunque non oltre il 31 dicembre 2021, al fine di tutelare la salute e mantenere adeguate condizioni di

stato stabilito che «*al fine di tutelare la salute e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza, gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario che svolgono la loro attività nelle*

*sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza, gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie, parafarmacie e negli studi professionali sono obbligati a sottoporsi a vaccinazione gratuita per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2. La vaccinazione costituisce requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative rese dai soggetti obbligati. La vaccinazione è somministrata nel rispetto delle indicazioni fornite dalle regioni, dalle province autonome e dalle altre autorità sanitarie competenti, in conformità alle previsioni contenute nel piano. 2. Solo in caso di accertato pericolo per la salute, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate, attestate dal medico di medicina generale, la vaccinazione di cui al comma 1 non è obbligatoria e può essere omessa o differita. 3. Entro cinque giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, ciascun Ordine professionale territoriale competente trasmette l'elenco degli iscritti, con l'indicazione del luogo di rispettiva residenza, alla regione o alla provincia autonoma in cui ha sede. Entro il medesimo termine i datori di lavoro degli operatori di interesse sanitario che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie, socio-assistenziali, pubbliche o private, nelle farmacie, parafarmacie e negli studi professionali trasmettono l'elenco dei propri dipendenti con tale qualifica, con l'indicazione del luogo di rispettiva residenza, alla regione o alla provincia autonoma nel cui territorio operano. 4. Entro dieci giorni dalla data di ricezione degli elenchi di cui al comma 3, le regioni e le province autonome, per il tramite dei servizi informativi vaccinali, verificano lo stato vaccinale di ciascuno dei soggetti rientranti negli elenchi. Quando dai sistemi informativi vaccinali a disposizione della regione e della provincia autonoma non risulta l'effettuazione della vaccinazione anti SARS-CoV-2 o la presentazione della richiesta di vaccinazione nelle modalità stabilite nell'ambito della campagna vaccinale in atto, la regione o la provincia autonoma, nel rispetto delle disposizioni in materia di protezione dei dati personali, segnala immediatamente all'azienda sanitaria locale di residenza i nominativi dei soggetti che non risultano vaccinati. 5. Ricevuta la segnalazione di cui al comma 4, l'azienda sanitaria locale di residenza invita l'interessato a produrre, entro cinque giorni dalla ricezione dell'invito, la documentazione comprovante l'effettuazione della vaccinazione, l'omissione o il differimento della stessa ai sensi del comma 2, ovvero la presentazione della richiesta di vaccinazione o l'insussistenza dei presupposti per l'obbligo vaccinale di cui al comma 1. In caso di mancata presentazione della documentazione di cui al primo periodo, l'azienda sanitaria locale, successivamente alla scadenza del predetto termine di cinque giorni, senza ritardo, invita formalmente l'interessato a sottoporsi alla somministrazione del vaccino anti SARS-CoV-2, indicando le modalità e i termini entro i quali adempiere all'obbligo di cui al comma 1. In caso di presentazione di documentazione attestante la richiesta di vaccinazione, l'azienda sanitaria locale invita l'interessato a trasmettere immediatamente e comunque non oltre tre giorni dalla somministrazione, la certificazione attestante l'adempimento all'obbligo vaccinale. 6. Decorsi i termini di cui al comma 5, l'azienda sanitaria locale competente accerta l'inoservanza dell'obbligo vaccinale e, previa acquisizione delle ulteriori eventuali informazioni presso le autorità competenti, ne dà immediata comunicazione scritta all'interessato, al datore di lavoro e all'Ordine professionale di appartenenza. L'adozione dell'atto di accertamento da parte dell'azienda sanitaria locale determina la sospensione dal diritto di svolgere prestazioni o mansioni che implicano contatti interpersonali o comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2. 7. La sospensione di cui al comma 6, è comunicata immediatamente all'interessato dall'Ordine professionale di appartenenza. 8. Ricevuta la comunicazione di cui al comma 6, il datore di lavoro adibisce il lavoratore, ove possibile, a mansioni, anche inferiori, diverse da quelle indicate al comma 6, con il trattamento corrispondente alle mansioni esercitate, e che, comunque, non implicano rischi di diffusione del contagio. Quando l'assegnazione a mansioni diverse non è possibile, per il periodo di sospensione di cui al comma 9, non è dovuta la retribuzione, altro compenso o emolumento, comunque denominato. 9. La sospensione di cui al comma 6 mantiene efficacia fino all'assolvimento dell'obbligo vaccinale o, in mancanza, fino al completamento del piano vaccinale nazionale e comunque non oltre il 31 dicembre 2021. 10. Salvo in ogni caso il disposto dell'articolo 26, commi 2 e 2-bis, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, per il periodo in cui la vaccinazione di cui al comma 1 è omessa o differita e comunque non oltre il 31 dicembre 2021, il datore di lavoro adibisce i soggetti di cui al comma 2 a mansioni anche diverse, senza decurtazione della retribuzione, in modo da evitare il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2. 11. Per il medesimo periodo di cui al comma 10, al fine di contenere il rischio di contagio, nell'esercizio dell'attività libero-professionale, i soggetti di cui al comma 2 adottano le misure di prevenzione igienico-sanitarie indicate dallo specifico protocollo di sicurezza adottato con decreto del Ministro della salute, di concerto con i Ministri della giustizia e del lavoro e delle politiche sociali, entro venti giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto. 12. Dall'attuazione del presente articolo non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica».*

*strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie, parafarmacie e negli studi professionali sono obbligati a sottoporsi a vaccinazione gratuita per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2».*

I presupposti di inquadramento prendono le mosse dalla Direttiva (UE) 2020/739 della Commissione del 3 giugno 2020 che ha modificato l'allegato III della direttiva 2000/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda l'inserimento del SARS-CoV-2 nell'elenco degli agenti biologici *«di cui è noto che possono causare malattie infettive nell'uomo e ha modificato anche la direttiva (UE) 2019/1833 della Commissione».*

La modifica dell'allegato XLVI (elenco degli agenti biologici classificati) del d.lgs 9 aprile 2008, n. 81 ha comportato l'inserimento del virus responsabile della sindrome respiratoria acuta grave da coronavirus 2 (SARS-CoV-2) tra gli agenti di classe 3 che, come dichiarato dall'art.268, comma 1 lettera c) del medesimo decreto legislativo è *«un agente che può causare malattie gravi in soggetti umani e costituisce un serio rischio per i lavoratori; l'agente biologico può propagarsi nella comunità, ma di norma sono disponibili efficaci misure profilattiche o terapeutiche».* L'art. 17, comma 1), lettera a), obbliga il datore di lavoro (attività non delegabile) a valutare tutti i rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori e ad inserirne il risultato nel documento di valutazione dei rischi, previsto dall'art. 28 del medesimo decreto.

L'art. 20 del d.lgs. del 9 aprile 2008, n. 81 prevede che *«Ogni lavoratore deve prendersi cura della propria salute e sicurezza e di quella delle altre persone presenti sul luogo di lavoro, su cui ricadono gli effetti delle sue azioni o omissioni, conformemente alla sua formazione, alle istruzioni e ai mezzi forniti dal datore di lavoro».*

In base all'art. 271, comma 1, lettera e), devono essere considerate *«eventuali ulteriori situazioni rese note dall'autorità sanitaria competente che possono influire sul rischio».*

Secondo quanto disciplinato dall'art. 279, inserito nel titolo X, qualora l'esito della valutazione del rischio ne riveli la necessità, i lavoratori esposti ad agenti biologici devono essere sottoposti alla sorveglianza sanitaria da parte del medico competente. Proseguendo sempre all'art. 279 *«il datore di lavoro, su conforme parere del medico competente, adotta misure protettive particolari per quei lavoratori per i quali, anche per motivi sanitari individuali, si richiedono misure speciali di protezione, fra le quali la messa a disposizione di vaccini efficaci per quei lavoratori che non sono già immuni all'agente biologico presente nella lavorazione, da somministrare a cura del medico competente; b) l'allontanamento temporaneo del lavoratore secondo le procedure dell'art. 42»<sup>2</sup>.*

2 L'art. 42, al comma 1, recita quanto segue: *«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, 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».*

Nel 2002, l'*International Commission on Occupational Health* (I.C.O.H.), Società scientifica che dal 1906 si occupa di tutela della salute sui luoghi di lavoro, con la nuova edizione dell'*International Code of Ethics* ha ribadito che obiettivo primario della Medicina del lavoro è quello di «salvaguardare e promuovere la salute dei lavoratori, in un ambiente di lavoro sicuro e non nocivo e di proteggerne le capacità lavorative e l'accesso al mondo del lavoro».

Inoltre, l'art.1 della legge 8 marzo 2017, n. 24 stabilisce che «1. La sicurezza delle cure è parte costitutiva del diritto alla salute ed è perseguita nell'interesse dell'individuo e della collettività. 2. La sicurezza delle cure si realizza anche mediante l'insieme di tutte le attività finalizzate alla prevenzione e alla gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie e l'utilizzo appropriato delle risorse strutturali, tecnologiche e organizzative. 3. Alle attività di prevenzione del rischio messe in atto dalle strutture sanitarie e sociosanitarie, pubbliche e private, è tenuto a concorrere tutto il personale, compresi i liberi professionisti che vi operano in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale».

La fattispecie in esame può, altresì, richiamare tutte le questioni in ordine al contatto sociale<sup>3</sup>: il datore di lavoro, così come il responsabile sanitario della struttura sanitaria, in ragione del “contatto sociale”, sono onerati anche dell’obbligazione di salvaguardia della salute degli utenti, assistiti e non, che accedono nelle strutture sanitarie comprese quelle dell’Inail. Ne discendono specifici doveri comportamentali di collaborazione e di protezione volti alla salvaguardia dei soggetti affidati alla propria tutela, lavoratori Inail e utenza. Pertanto, qualora tali condotte non fossero ispirate alla prevenzione della diffusione del contagio, ne potrebbe derivare responsabilità per il datore di lavoro, per il responsabile sanitario e, più in generale, per la struttura.

Infine, deve essere ricordato il presupposto per cui qui si argomenta, vale a dire che gli operatori sanitari e socio-sanitari rappresentino categoria lavorativa a elevato rischio di contagio da Sars-CoV-2<sup>4</sup>, per la quale nel sistema indennitario si applica una procedura “facilitata” di riconoscimento con ricorso al principio della presunzione semplice.

3 Cassazione civile, sez. III, 19/04/2007, n.8826; per una trattazione più estesa della materia relativa al contatto sociale si rinvia a F. GELLI, M. HAZAN, D. ZORZIT, *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, Ed. Giuffrè, Milano, 2017.

4 Circolare Inail 3 aprile 2020, n. 13; Inail, *Documento tecnico sulla possibile rimodulazione delle misure di contenimento del contagio da SARS-CoV-2 nei luoghi di lavoro e strategia di prevenzione*, Inail, aprile 2020; *Linee guida del Piano strategico per la vaccinazione anti-SARS-CoV-2/COVID-19* (Decreto 2 gennaio 2021), elaborato dal Ministero della Salute, Commissario Straordinario per l’Emergenza, Istituto Superiore di Sanità, Agenas e Aifa.

## 2. La vaccinazione anti-SARS-CoV-2 come misura di protezione del lavoratore

Preliminarmente deve essere evidenziato come soltanto con il decreto legge 1 aprile 2021, n. 44 è stato introdotto per norma diretta l'obbligo vaccinale per gli esercenti le professioni sanitarie contro l'infezione da SARS-CoV-2<sup>5</sup>.

Precedentemente, infatti, l'unico obbligo in ambito lavorativo era quello della vaccinazione antitetanica, per alcune categorie esposte a rischio specifico, come disposto a partire dalla legge 5 marzo 1963, n. 292 e successive modifiche intervenute, che hanno ampliato la platea dei soggetti destinatari.

Come da tempo evidenziato dalla comunità scientifica di riferimento, la «vaccinazione sulla base della valutazione del rischio infettivo, pur non codificata da una norma di riferimento rappresenta uno strumento di prevenzione efficace»<sup>6</sup>.

Nella «Carta di Pisa delle vaccinazioni negli operatori sanitari»<sup>7</sup> viene posta in risalto l'esigenza che sia promossa la pratica vaccinale degli operatori sanitari per il raggiungimento del controllo delle malattie prevenibili con vaccinazione, poiché quest'ultima, unitamente alle altre misure di protezione collettive e individuali, ha una valenza multipla nel proteggere dal rischio l'operatore, i pazienti e i cittadini.

L'art. 2087 c.c. prevede che il datore di lavoro è tenuto ad adottare «*misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro*».

5 Per quanto attiene al dibattito dottrinario relativo all'obbligatorietà del vaccino, si rinvia ai saggi di P. PASCUCCI, A. DELOGU, *L'ennesima sfida della pandemia Covid-19: esiste un obbligo vaccinale nei contesti lavorativi?*, in *Diritto della Sicurezza del lavoro*, 2021; 1: 81, di R. RIVERSO, *L'obbligo del vaccino anti Covid nel rapporto di lavoro tra principio di prevenzione e principio di solidarietà*, in *Questione Giustizia*, 18 gennaio 2021, di R. RIVERSO, *L'obbligo del vaccino anti Covid nel rapporto di lavoro tra principio di prevenzione e principio di solidarietà*, in *Conversazioni sul lavoro a distanza da agosto 2020 a marzo 2021*, promosse e coordinate da Vincenzo Antonio Poso Gruppo delle Conversazioni sul lavoro del Convento di San Cerbone nonché di A. DE MATTEIS, *I trattamenti sanitari nelle obbligazioni contrattuali. A proposito di vaccino anti-Covid*, in *Conversazioni sul lavoro a distanza da agosto 2020 a marzo 2021*, promosse e coordinate da Vincenzo Antonio Poso Gruppo delle Conversazioni sul lavoro del Convento di San Cerbone.

6 Società italiana di Medicina del lavoro e Igiene industriale, *Linee guida per le vaccinazioni negli ambienti di lavoro*, Pavia, 2006.

7 La Carta di Pisa è stata redatta con il contributo di esperti, operatori e ricercatori che hanno partecipato ai lavori della Conferenza Nazionale «*Medice cura te ipsum*» tenutasi a Pisa il 27-28 Marzo 2017 e sottoscritta altresì da società e associazioni scientifiche per varie ragioni interessate a questo problema (Società Italiana Multidisciplinare per la Prevenzione delle Infezioni nelle Organizzazioni Sanitarie - SIMPIOS, Società Italiana di Igiene, Medicina Preventiva e Sanità Pubblica - SitI, Società Italiana di Medicina del Lavoro e Igiene e Industriale - SIMLII, Associazione Nazionale Medici delle Direzioni Ospedaliere - ANMDO, Associazione Italiana Responsabili Servizi Protezione Prevenzione in Ambito Sanitario - AIRESPSA, Società Italiana di Medicina Tropicale e Salute Globale - SIMET, Società Italiana Medicina dei Viaggi e delle Migrazioni - SIMVIM, Società Italiana di Pediatria - SIP, Federazione Italiana Medici Pediatri - FIMP, Federazione Italiana Medici di Medicina Generale - FIMMG).

### 3. L'efficacia del vaccino come ulteriore elemento di protezione primaria e secondaria

Secondo quanto richiamato dall'art. 279 del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, citato in precedenza, lo stesso datore di lavoro è tenuto a mettere a disposizione dei lavoratori le misure protettive particolari, tra cui anche i «*vaccini efficaci per quei lavoratori che non sono immunizzati*».

In merito alla vaccinazione contro l'infezione da SARS-CoV-2, è stato chiarito che i «*vaccini devono essere considerati beni di interesse globale*» e che «*un reale vantaggio in termini di sanità pubblica si può ottenere solo attraverso una diffusa e capillare campagna vaccinale*»<sup>8</sup>.

L'Istituto superiore di Sanità, sul suo sito istituzionale, indica la possibilità di vaccinarsi come «*un'arma fondamentale nella lotta all'epidemia, che va ad aggiungersi a quelle di cui già disponiamo, a partire dal distanziamento sociale, dall'uso delle mascherine e dall'igiene delle mani*».

Un recente studio ha stimato l'elevata efficacia del vaccino (nel caso di specie BNT162b2) per prevenire il Covid-19 sintomatico in un ambiente non controllato, simile all'efficacia del vaccino riportata nello studio randomizzato, suggerendo anche che essa risulta elevata nel proteggere dagli esiti più severi della malattia COVID-19: ospedalizzazione, malattia grave e morte. Inoltre i benefici stimati aumentano di grandezza con il passare del tempo. Questi risultati rafforzano l'aspettativa che i vaccini appena approvati possano contribuire a mitigare i profondi effetti globali della pandemia da Covid-19<sup>9</sup>.

Un ulteriore studio ha messo in evidenza come la inoculazione del vaccino mRNA COVID-19 sia associata ad una riduzione, anche dell'80%, del rischio di sviluppare la forma asintomatica del COVID-19 (dopo la somministrazione di entrambe le dosi previste)<sup>10</sup>.

Ancora, altri autori hanno di recente sottolineato l'efficacia del vaccino pari al 94.1% per il vaccino mRNA1273 (Moderna) dopo 14 giorni dalla seconda dose e pari al 95% per il vaccino BNT1162b2 (Pfizer) dopo 7 giorni dalla seconda dose nella prevenzione di gravi sintomi respiratori nell'infezione da SARS-CoV-2<sup>11</sup>.

La vaccinazione rappresenta, quindi, un valido strumento di prevenzione che,

8 Ministero della salute, Vaccinazione anti-SARS-CoV-2/COVID-19. Piano strategico. Elementi di preparazione e di implementazione della strategia vaccinale, aggiornamento del 12 dicembre 2020. <https://www.iss.it/vaccini-covid-19>.

9 N. DAGAN *et al.*, BNT162b2 mRNA Covid-19 Vaccine in a Nationwide Mass Vaccination Setting, in *New England Journal of Medicine*, OriginalArticle, 24 February 2021. Il lavoro israeliano di DAGAN *et al.* È stato aggiornato ad aprile 2021 (*New England Journal of Medicine*, April 2021; 384: 1412-1423).

10 A.J. TANDE *et al.*, Impact of the COVID-19 Vaccine on Asymptomatic Infection Among Patients Undergoing Pre-Procedural COVID-19 Molecular Screening, *Press for the Infectious Diseases Society of America*, <https://academic.oup.com/cid/advance-article/doi/10.1093/cid/ciab218/6168040>

11 W. DANIEL *et al.*, Early Evidence of the Effect of SARS-CoV-2 Vaccine at One Medical Center, in Correspondance, *The New England Journal of Medicine*, March 23, 2021.

assommato al corretto utilizzo dei dispositivi di protezione individuale, alle indicazioni relative al distanziamento sociale e all'organizzazione del lavoro, costituisce una efficace barriera alla diffusione del contagio. Infatti, non può essere sottovalutato come, anche dopo l'adozione di tutte le misure di protezione di natura organizzativa, il numero di contagi che si sono registrati e il numero di denunce di infortuni relativo ad operatori della sanità è rimasto comunque significativo. Tale rilievo è, peraltro, supportato da studi condotti in ambiente sanitario che hanno evidenziato la possibilità di trasmissione del SARS-CoV-2, nonostante l'utilizzo di mascherine e schermi facciali<sup>12</sup>.

Sempre in ambito sanitario, altri autori hanno evidenziato, invece, come l'efficacia della vaccinazione nella drastica riduzione (oltre il 90%) del numero di operatori che sono andati incontro ad isolamento o quarantena e una marcata riduzione di incidenza di infezioni<sup>13</sup>.

In assenza del vaccino, quindi, l'ambiente sanitario appare comunque rischioso, nonostante l'utilizzo di dispositivi di protezione individuale. L'introduzione di un ulteriore elemento di protezione (il vaccino, appunto) per il singolo lavoratore rende certamente meno rischioso l'ambiente lavorativo.

Nel Piano strategico per la vaccinazione anti SARS-CoV-2/COVID-19 del 12 dicembre 2020, coordinato dal Ministero della salute, viene individuato il coinvolgimento del medico competente. Nel documento, si riporta che con «*l'augmentare della disponibilità dei vaccini, a livello territoriale potranno essere realizzate campagne su larga scala (walk-in) per la popolazione presso centri vaccinali organizzati ad hoc e, in fase avanzata, accanto all'utilizzo delle unità mobili [...] il modello organizzativo vedrà via via una maggiore articolazione sul territorio, seguendo sempre più la normale filiera tradizionale, incluso il coinvolgimento degli ambulatori vaccinali territoriali, dei Medici di Medicina Generale e dei Pediatri di Libera Scelta, della sanità militare, e dei Medici Competenti delle aziende*».

Più di recente sono stati pubblicati studi che hanno analizzato l'efficacia dei vaccini esistenti anche sulla variante Delta del virus SARS-CoV-2.

Un lavoro sulla neutralizzazione in vitro della variante Delta ha evidenziato come in individui che non erano stati precedentemente infettati da SARS-CoV-2, una singola dose di vaccini Pfizer o AstraZeneca ha indotto a malapena anticorpi neutralizzanti contro la variante Delta. Circa il 10% dei sieri ha neutralizzato questa variante. Tuttavia, la conclusione del ciclo vaccinale (due dosi) ha indotto elevati livelli di sieroneutralizzazione contro le varianti Alfa (Inglese), Beta (Sub Africana) e Delta (Indiana), di quest'ultima, circa 3-5 volte meno potenti rispetto alla variante Alfa. Inoltre, i risultati suggeriscono fortemente che la vaccinazione di individui precedentemente entrati in contatto con il virus, sarà

12 M. KLOMPAS *et al.*, *Transmission of SARS-CoV-2 from asymptomatic and presymptomatic individuals in healthcare settings despite medical masks and eyeprotection*, in Open Access, <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

13 J. KEENHER, L.E. HORTON, *SARS-CoV-2 Infection after Vaccination in Health Care Workers in California*, in *Correspondance, The New England Journal of Medicine*, March 29, 2021.

molto probabilmente protettiva contro una vasta gamma di ceppi virali circolanti, inclusa la variante Delta<sup>14</sup>.

Per il vaccino Pfizer (doppia dose) i livelli di neutralizzazione contro la variante Delta sono significativamente ridotti, sebbene solo di due volte rispetto al virus originale. Sebbene sia stata osservata solo una riduzione di 1,7 volte per la variante Alfa rispetto al virus originale, si dimostra una riduzione di 10 volte nei titoli neutralizzanti contro la variante Beta e una riduzione doppia rispetto alla variante Gamma<sup>15</sup>.

In un lavoro sulla popolazione del Qatar, l'efficacia del vaccino Pfizer verso la variante Beta è stata dimostrata essere del 75% contro qualsiasi infezione documentata e del 97,4% contro malattie gravi, critiche o fatali<sup>16</sup>.

Nello studio di III fase del Novavax, il regime a due dosi del vaccino NVX-CoV2373 somministrato a partecipanti adulti ha conferito una protezione dell'89,7% contro l'infezione da SARS-CoV-2 e ha mostrato un'elevata efficacia contro la variante B.1.1.7 (Inglese)<sup>17</sup>.

Per quanto attiene alla protezione offerta dal vaccino Astrazeneca rispetto alla variante Sub Africana (B.1.351), è stato evidenziato che un regime a due dosi del vaccino ChAdOx1 nCoV-19 non ha mostrato protezione verso la variante B.1.351 nello sviluppo di Covid-19 da lieve a moderato<sup>18</sup>.

- 14 PLANAS D, VEYER D, BAIDALIUK A, STAROPOLI I, GUIVEL-BENHASSINE F, RAJAH MM, PLANCHAIS C, PORROT F, ROBILARD N, PUECH J, PROT M, GALLAIS F, GANTNER P, VELAY A, LE GUEN J, KASSIS-CHIKHANI N, EDRISS D, BELEC L, SEVE A, COURTELLEMONTE L, PÉRÉ H, HOCQUELOUX L, FAFI-KREMER S, PRAZUCK T, MOUQUET H, BRUEL T, SIMON-LORIÈRE E, REY FA, SCHWARTZ O., *Reduced sensitivity of SARS-CoV-2 variant Delta to antibody neutralization*. Nature. 2021 Jul 8. doi: 10.1038/s41586-021-03777-9. Epub ahead of print. PMID: 34237773.
- 15 Y. LUSTIG, N. ZUCKERMAN, I. NEMET, N. ATARI, L. KLIKER, G. REGEV-YOCHAY, E. SAPIR E, O. MOR, S. ALROY-PREIS, E. MENDELSON, M. MANDELBOIM, *Neutralising capacity against Delta (B.1.617.2) and other variants of concern following Comirnaty (BNT162b2, BioNTech/Pfizer) vaccination in health care workers, in Israel*. Euro Surveill. 2021 Jul; 26 (26).
- 16 L.J. ABU-RADDAD, H. CHEMAITELLY, A.A. BUTT, *National Study Group for COVID-19 Vaccination. Effectiveness of the BNT162b2 Covid-19 Vaccine against the B.1.1.7 and B.1.351 Variants*, in *New England Journal of Medicine*, 2021; NEJMc2104974. <https://doi.org/10.1056/NEJMc2104974> PMID: 33951357
- 17 P.T. HEATH, E.P. GALIZA, D.N. BAXTER, M. BOFFITO, D.BROWNE, F.BURNS, D.R.CHADWICK, R. CLARK, C. COSGROVE, J. GALLOWAY, A.L. GOODMAN, A. HEER, A. HIGHAM, S. IYENGAR, A. JAMAL, C. JEANES, P.A. KALRA, C. KYRIAKIDOU, D.F. MCAULEY, A. MEYRICK, A.M. MINASSIAN, J. MINTON, P. MOORE, I. MUNSOOR, H.NICHOLLS, O. OSANLOU, J. PACKHAM, C.H. PRETSWELL, A. SAN FRANCISCO RAMOS, D.SARALAYA, R.P.SHERIDAN, R.SMITH, R.L. SOIZA, P.A SWIFT, E.C THOMSON, J.TURNER, M.E. VILJOEN, G. ALBERT, I. CHO, F. DUBOVSKY, G. GLENN, J. RIVERS, A. ROBERTSON, K. SMITH, S. TOBACK; *2019nCoV-302 Study Group. Safety and Efficacy of NVX-CoV2373 Covid-19 Vaccine*, in *New England Journal of Medicine*, 2021 Jun 30; NEJMoa2107659. doi: 10.1056/NEJMoa2107659. Epub ahead of print. PMID: 34192426; PMCID: PMC8262625.
- 18 S.A MADHI, V. BAILLIE, C.L. CUTLAND, M.VOYSEY, A.L KOEN, L. FAIRLIE, S.D PADAYACHEE, K. DHEDA, S.L. BARNABAS, Q.E BHORAT, C. BRINER, G.KWATRA, K. AHMED, P.ALEY, S.BHIKHA, J.N BHIMAN, A.E. BHORAT, J. DU PLESSIS, A. ESMAIL, M.GROENEWALD, E. HORNE, S.H HWA, A. JOSE, T. LAMBE, M. LAUBSCHER, M. MALAHLEHA, M. MASENYA, M. MASILELA, S.MCKENZIE, K. MOLAPO, A. MOULTRIE, S. OELOFSE, F. PATEL, S. PILLAY, S. RHEAD, H.RODEL, L. ROSSOUW, C. TAUSHANIS, H. TEGALLY, A.THOMBRAIYL, S.VAN ECK, C.K. WIBMER, N.M DURHAM, E.J. KELLY, T.L. VIL-LAFANA, S. GILBERT, A.J POLLARD, T. DE OLIVEIRA, P.L. MOORE, A.SIGAL, A. IZU; NGS-SA Group; Wits-VIDA COVID Group. *Efficacy of the ChAdOx1 nCoV-19 Covid-19 Vaccine against the B.1.351 Variant*, in *New England Journal of Medicine*, 2021 May 20; 384 (20): 1885-1898. doi: 10.1056/NEJMoa2102214. Epub 2021 Mar 16. PMID: 33725432; PMCID: PMC7993410.

In conclusione, la vaccinazione appare un *quid pluris* che, aggiunto a tutte le altre misure già disponibili, offre un miglior grado di protezione del personale sanitario nei confronti dell'infezione.

Allo stato, infatti, le evidenze di letteratura confortano l'ipotesi che il vaccino diminuisca la probabilità di sviluppare malattia COVID-19 grave e risulti utile nel prevenire la malattia sintomatica.

#### **4. Il medico competente e la protezione degli operatori sanitari e socio-sanitari in epoca COVID-19**

La lettura combinata di tutti i riferimenti citati, già in epoca precedente al 1 aprile 2021 (obbligo vaccinale), ha portato a ritenere gli scriventi che la sorveglianza dei lavoratori del settore sanitario e socio-sanitario debba essere tarata anche su questo rischio specifico e sulla necessità della vaccinazione anti-COVID-19. Coerentemente, le considerazioni espresse andrebbero altresì estese agli operatori non sanitari anche non espressamente citati dal decreto legge 1 aprile 2021, n. 44. A supporto della tesi sostenuta emergono, infatti, i seguenti elementi.

Il rischio di infezione da Nuovo Coronavirus deve essere valutato in ambito lavorativo per gli operatori della sanità e per tutti coloro che sono esposti ad un rischio elevato di contagio.

La popolazione di professionisti della sanità è valutata dal medico competente in considerazione delle mutate condizioni di rischio determinate dall'esposizione a virus SARS-CoV-2 e di tutte le misure protettive idonee a contrastare la diffusione del contagio.

Il medico competente programma ed effettua la sorveglianza sanitaria attraverso protocolli sanitari definiti in funzione dei rischi specifici.

Il protocollo sanitario deve prevedere l'esecuzione di tamponi diagnostici seriatim. Il medico competente ha la facoltà di inserire la vaccinazione all'interno del protocollo sanitario.

Il medico competente si esprime sulla idoneità del lavoratore alla mansione specifica, tenendo conto nella sua valutazione:

- 1) delle mutate condizioni dell'ambiente di lavoro e della sua rischiosità a causa della pandemia in atto;
- 2) della salute del singolo lavoratore, esposta a maggior rischio se non vengono adottate tutte le misure protettive disponibili;
- 3) della tutela della collettività lavorativa, poiché il lavoratore non immunizzato nei confronti dell'agente biologico rappresenta una potenziale fonte di rischio per i colleghi, per i pazienti e, più in generale, per gli utenti della struttura;
- 4) della disponibilità di test diagnostici in grado di rilevare l'agente infettivo;
- 5) della disponibilità di misure di contenimento per la diffusione del contagio;

- 6) della disponibilità di un vaccino efficace rispetto all'agente biologico, come ulteriore strumento per ridurre la diffusione del contagio e favorire l'immunizzazione della popolazione lavorativa;
- 7) di eventuali comorbidità del soggetto che controindicano la vaccinazione.

Dunque, il medico competente nel protocollo sanitario dovrebbe fare ricorso, tra le altre misure, alla vaccinazione nei confronti degli agenti biologici rischiosi per i quali esiste in commercio un vaccino efficace ed è obbligato a sensibilizzare i lavoratori sulla necessità di vaccinarsi nei confronti di particolari agenti biologici individuati nell'allegato XLVI (nel quale è stato, come detto, inserito il SARS-CoV-2), informandoli su vantaggi e inconvenienti della vaccinazione e della non vaccinazione (art. 279 del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81)<sup>19</sup>.

D'altronde, un protocollo di sorveglianza sanitaria conformato ai rischi specifici che prevede l'esecuzione di accertamenti diagnostici e profilattici anche invasivi non costituisce una novità nel panorama generale della sicurezza e salute nei luoghi di lavoro.

Ad esempio, ai fini dell'emissione del giudizio di idoneità alla mansione, l'esposizione ad agenti chimici impone nel protocollo di sorveglianza sanitaria l'esecuzione di esami ematici specifici (come previsto per emocromo e per piombemia nei saldatori esposti a piombo). Sempre ai fini del giudizio di idoneità, va ricordata ancora la possibilità di richiedere un esame radiografico del torace nei lavoratori esposti a silice e asbesto.

Il medico competente ha, quindi, l'obbligo di redigere un programma di sorveglianza sanitaria, all'interno del quale non può escludere, se ritenuti utili, esami invasivi quali prelievi di sangue ed esami radiografici, con il consenso della persona assistita. Ugualmente può dirsi per la vaccinazione antitetanica già richiamata; tutte procedure che mai finora hanno suscitato significative perplessità giuridiche e ritrosie mediche. E così non poteva che essere. Le procedure diagnostiche e quelle profilattiche e quelle terapeutiche, infatti, sono state sempre ispirate alla tutela della salute del lavoratore. In tal senso hanno condizionato il libero accesso dei lavoratori a compiti e mansioni che avrebbero messo a repentaglio la stessa salute

<sup>19</sup> Anche nel documento edito a cura della Società italiana di Medicina del lavoro (SIML), Vaccinazione anti-COVID-19 nei luoghi di lavoro: il contributo del Medico competente, su <https://www.siml.it>, viene individuato il medico competente tra i principali attori attivi nel processo di informazione, programmazione e controllo dell'effettuazione dei piani di vaccinazione «*come peraltro esplicitamente previsto nel Piano Nazionale di prevenzione Vaccinale 2017-2019 [...]»*, individuando tre macro-scenari di intervento, il primo dei quali sanitario. In questo contesto «*i MC possono proficuamente essere coinvolti nell'individuazione e definizione delle priorità vaccinali ("soggetti fragili" o comunque affetti da co-morbosità o in particolari condizioni di salute o ad alto rischio) e nei processi di informazione e formazione funzionali anche a ottimizzare il reclutamento dei vaccinand. Tali processi sono da considerare di massima importanza per la Sanità Pubblica, non solo per le attività di immunizzazione dirette ai lavoratori, ma anche per le prevedibili positive ricadute indirette sui familiari dei lavoratori)*». Gli autori auspicano un formale riconoscimento del coinvolgimento dei medici competenti nelle attività vaccinali anti-COVID-19, attraverso un «*Protocollo nazionale che affronti i contesti e le peculiarità sopra riportate, da considerare quale conditio sine qua non per l'appropriata realizzazione di programmi vaccinali anti-COVID-19*».

e il benessere sul luogo di lavoro. Una sorveglianza sanitaria così impostata si sposa anche con il principio di tutela della salute della collettività e, in particolar modo, degli assistiti/utenti del servizio.

La vaccinazione, quindi, appare un presidio che andrebbe inserito nel protocollo di sorveglianza sanitaria per la categoria di operatori sanitari e socio-sanitari, in base all'evidenza della protezione, se non altro dagli effetti più gravi della malattia in caso di contagio.

Ad ulteriore supporto, vale la pena ricordare come il medico competente già individua e cautela, anche attraverso un giudizio di non idoneità temporanea, i lavoratori c.d. "fragili": «*La continuazione e la ripresa delle attività lavorative nel contesto pandemico da SARS-CoV-2 ha fatto emergere una specifica esigenza di tutela della salute dei lavoratori, in particolare di quelli maggiormente suscettibili al contagio e al rischio di effetti avversi più gravi per una concorrente condizione di vulnerabilità*»<sup>20</sup>. Disporre l'allontanamento dalla mansione a rischio contagio del lavoratore fragile corrisponde allo stesso principio di cautela e prevenzione che il decreto legge 1 aprile 2021, n. 44 ha previsto per i lavoratori non vaccinati. La normativa emergenziale, il *Documento tecnico* dell'Inail<sup>21</sup> hanno proposto una metodologia innovativa di valutazione integrata del rischio e l'adozione di misure organizzative, di prevenzione e protezione, ribadendo la centralità del medico competente nell'identificazione dei soggetti suscettibili. Come già anticipato si è introdotta la "sorveglianza sanitaria eccezionale" per la tutela dei soggetti fragili<sup>22</sup>. Conseguentemente, in questi casi, è possibile, quindi, per il medico competente esprimere un giudizio di idoneità con limitazioni o di inidoneità alla mansione, che comporta un allontanamento dal luogo di lavoro rischioso.

Allo stesso modo, poi, il datore di lavoro può allontanare dalla mansione lavoratori affetti da patologie preesistenti per evitare che queste si aggravino per effetto di esposizione a rischio.

A queste fattispecie e alle medesime logiche, appare riconducibile l'ipotesi dell'operatore sanitario non vaccinato e non immunizzato. Se il datore di lavoro è tenuto a preservare, per quanto possibile, il lavoratore da malattie e infortuni

<sup>20</sup> Per una ricostruzione approfondita del concetto di fragilità e della tutela dei lavoratori fragili si rinvia al lavoro di R. ROMANO, L. BRAMANTE, *Lo stato di fragilità: ricostruzione storico-normativa*, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, 2020; 1: 87-96.

<sup>21</sup> Inail, *Documento tecnico sulla possibile rimodulazione delle misure di contenimento del contagio da SARS-CoV-2 nei luoghi di lavoro e strategie di prevenzione*, op. cit. sub (3).

<sup>22</sup> L'art. 83 del decreto legge del 19 maggio 2020, n. 34 "Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19", convertito, con modificazioni, dalla Legge 17 luglio 2020, n. 77. Con tale articolo è stato disposto che «Fermo restando quanto previsto dall'art. 41 del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, per garantire lo svolgimento in sicurezza delle attività produttive e commerciali in relazione al rischio di contagio da virus SARS-CoV-2, fino alla data di cessazione dello stato di emergenza per rischio sanitario sul territorio nazionale, i datori di lavoro pubblici e privati assicurano la sorveglianza sanitaria eccezionale dei lavoratori maggiormente esposti a rischio di contagio, in ragione dell'età o della condizione di rischio derivante da immunodepressione, anche da patologia COVID-19, o da esiti di patologie oncologiche o dallo svolgimento di terapie salvavita o comunque da comorbilità che possono caratterizzare una maggiore rischiosità».

nell'esercizio del proprio lavoro, allo stesso pari dovrebbe esigersi dal lavoratore l'adesione ad ogni strumento e/o presidio di sicurezza e salute, solo indirettamente volti a garantire misure di efficienza produttiva. Infatti, tali comportamenti sono indirizzati prioritariamente a migliorare i livelli di salute dei lavoratori ma, indubbiamente, riconducono nell'alveo di maggiore tutela anche i colleghi dei lavoratori esposti, gli utenti e gli assistiti.

## **5. La sorveglianza sanitaria degli operatori sanitari e socio-sanitari in epoca COVID-19 nelle strutture sanitarie dell'Inail**

Per quanto sopra esposto e in base alle evidenze scientifiche in tema di esami diagnostici e di profilassi per la malattia COVID-19, è possibile proporre un flusso operativo che potrebbe essere attuato nelle strutture sanitarie dell'Inail, prevedendo i seguenti passaggi.

Il datore di lavoro, coadiuvato dal medico competente e dal responsabile del Servizio di prevenzione e protezione, valutato il rischio emergente da infezione SARS-CoV-2, elabora il documento di valutazione dei rischi.

Il medico competente provvede alla stesura del protocollo sanitario, che deve essere riconducibile e pienamente aderente alla valutazione effettuata. Nel caso specifico, in relazione al nuovo rischio da infezione da SARS CoV-2, è indispensabile introdurre tra gli accertamenti sanitari nella sorveglianza dei lavoratori il tampone, esame diagnostico finalizzato a individuare la presenza del virus SARS-CoV-2, effettuato periodicamente.

In corso di sorveglianza sanitaria, in base ai risultati degli accertamenti effettuati e sulla base del consenso/dissenso del lavoratore a sottoporsi a vaccino, esprime il giudizio di idoneità ovvero di non idoneità alla mansione.

Nel caso di operatori sanitari, la mancata effettuazione di attività di *testing* periodico e del vaccino anti-SARS-CoV-2 inseriti nel protocollo sanitario determina da parte del medico competente l'emissione di un giudizio di idoneità che preveda una limitazione alla mansione o, se non possibile, anche una inidoneità.

Il giudizio di non idoneità o di parziale idoneità di questi lavoratori si rende necessario per tutelare la loro salute, escludendoli dal maggior rischio di contagio in ambiente lavorativo e dalle conseguenze più gravi della malattia in caso di contagio, e per proteggere la collettività lavorativa e l'utenza.

All'eventuale giudizio di idoneità con limitazioni o di non idoneità, il datore di lavoro dovrà dar seguito ai sensi dell'art. 42 del d.lgs. n. 81 del 2008, ben potendo allontanare il lavoratore dall'ambiente di lavoro a rischio.

Resta ferma la possibilità di adibire il lavoratore, laddove possibile, ad attività che possono essere svolte in remoto, anche in sanità<sup>23</sup>.

<sup>23</sup> P. ROSSI, *Smart Working e salute*, ebook, Editore Wolters Kluwer, 2021.

In ambito Inail non può essere sottaciuto come la Sovrintendenza sanitaria centrale Inail abbia effettuato una puntuale ricognizione delle attività sanitarie medico-legali, individuando quelle che potevano essere svolte a distanza.

Rimarrebbe ferma la possibilità per il dipendente di presentare ricorso avverso il giudizio del medico competente entro 30 giorni davanti all'organo di vigilanza territorialmente competente. Resta pure inteso che l'organo di vigilanza, ai sensi dell'art. 302 del d.lgs. n. 81 del 2008<sup>24</sup>, potrebbe richiedere - anche in assenza di ricorso - di indicare, quale "buona prassi", la modifica del protocollo in ordine ai test diagnostici e al vaccino.

L'attività di *testing* e la stessa vaccinazione appaiono indicate anche nell'ottica del risk management, essendo già noti episodi di indagini giudiziarie in corso per lo sviluppo di focolai di infezione in strutture sanitarie nei confronti di operatori sanitari che hanno rifiutato di sottoporsi a tampone e/o vaccinazione.

In ragione delle attuali evidenze scientifiche sul rapporto costi/benefici del tampone e della vaccinazione, la mancanza di quest'ultima può potenzialmente configurare profili di colpa professionale, nonché danno economico e reputazionale per l'Ente/Azienda. In quest'ottica, per quanto il lavoratore ad oggi non possa essere sottoposto obbligatoriamente a vaccinazione, potrebbe essere precauzionalmente allontanato in via temporanea dal datore di lavoro come azione di *mitigance*, in base all'indice di priorità del rischio.

Per il maggior rischio che insiste su questa categoria di lavoratori, l'adesione alla campagna vaccinale degli esercenti le professioni sanitarie appare fortemente raccomandata e il decreto legge 1 aprile 2021, n. 44 pare aver recepito le evidenze scientifiche in materia.

I datori di lavoro dovrebbero essere i principali promotori della campagna vaccinale, in quanto strumento di maggiore protezione a supporto delle misure di prevenzione socio-comportamentali già adottate. La campagna vaccinale in atto mira, infatti, a garantire la massima copertura della popolazione (anche lavorativa) e a ridurre la circolazione del virus.

Sul punto vale la pena effettuare una rapida digressione in merito alla dibattuta - sul piano dottrinario<sup>25</sup> - questione dell'ipotesi di rischio elettivo e, per conseguenza, di assenza di tutela per gli operatori sanitari che decidessero volontaria-

24 «Gli organi di vigilanza impartiscono disposizioni esecutive ai fini dell'applicazione delle norme tecniche e delle buone prassi, laddove volontariamente adottate dal datore di lavoro e da questi espressamente richiamate in sede ispettiva, qualora ne riscontrino la non corretta adozione, e salvo che il fatto non costituisca reato».

25 Al riguardo Roverso sostiene, differentemente da DE MATTEIS, che la mancata vaccinazione dell'operatore sanitario non configura rischio elettivo del lavoratore: si vedano al riguardo i contributi webinar R. RIVERSO, *vaccini e rapporto di lavoro: obblighi, responsabilità e tutele*, Testo dell'intervento preparato per il Webinar del 12 marzo 2021: "La salute e sicurezza nei luoghi di lavoro ai tempi del Covid 19", organizzato dall'Ordine distrettuale Avvocati Catanzaro e UMG e A. DE MATTEIS, *Infermieri che rifiutano il vaccino e tutela Inail*, Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi, op. cit. sub (4). Nello stesso senso di Roverso si è espresso La Peccerella nell'ambito dell'opera dedicata alle tutele del sistema di assicurazione obbligatoria contro gli infortuni

mente di non sottoporsi a vaccinazione anti-SARS-CoV-2, in assenza di controindicazioni di carattere clinico.

A tale riguardo, con nota del Direttore generale del 26 febbraio 2021, l'Inail ha chiarito come *«il rifiuto di vaccinarsi non possa configurarsi come assunzione di un rischio elettivo, in quanto il rischio di contagio non è certamente voluto dal lavoratore e la tutela assicurativa opera se e in quanto il contagio è riconducibile all'occasione di lavoro, nella cui nozione rientrano tutti i fatti, anche straordinari e imprevedibili, inerenti l'ambiente, le macchine, le persone, compreso il comportamento dello stesso lavoratore, purché attinenti alle condizioni di svolgimento della prestazione. D'altra parte, non si rileva allo stato della attuale legislazione in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, un obbligo specifico di aderire alla vaccinazione da parte del lavoratore».*

La mancata vaccinazione, dunque, non faceva venir meno la tutela assicurativa. In sostanza, l'esclusione del rischio elettivo si correlava alla mancanza, all'epoca, di un obbligo vaccinale. Pertanto, alla luce della novella legislativa sull'argomento, che introduce l'obbligo di vaccinazione per gli operatori della sanità, le condizioni di cui sopra potrebbero indurre una revisione sul tema del rischio elettivo e contagio da SARS-CoV-2. Al riguardo, nel testo curato dall'avvocato La Peccerella<sup>26</sup> è stata ipotizzata una soluzione volta a qualificare la condotta di cui sopra come abnorme, quindi, utile a richiamare il rischio elettivo e la non tutelabilità dell'evento infettivo in sanitari, o altri soggetti per i quali sussiste obbligo, non vaccinati<sup>27</sup>.

Del tutto in linea con il flusso descritto nel presente lavoro e con la previsione normativa appare la nota elaborata dalla Direzione centrale risorse umane del 6 aprile 2021 e del 20 aprile 2021.

Nell'azione di adesione alla compagna vaccinale, il medico competente dovrebbe assumere un ruolo centrale e sinergico nella promozione della vaccinazione anti-SARS-CoV-2, avendo a disposizione le competenze e tutti gli strumenti utili a garantire, anche per questo "nuovo" rischio, la migliore tutela della salute del lavoratore.

e le malattie professionali di prossima pubblicazione, sottolineando che: *«Nel contesto generale fin qui molto sinteticamente delineato deve essere inquadrata la problematica relativa all'incidenza sulla indennizzabilità dell'infortunio da SARS Cov-2 del rifiuto ingiustificato di sottoporsi a vaccinazione. Tale rifiuto, quand'anche fosse addebitabile al lavoratore a titolo di colpa, non costituirebbe valido motivo di esclusione dell'indennizzabilità, dal momento che, per consolidata giurisprudenza, sono oggetto di tutela tutti i casi di infortunio avvenuto per causa violenta in occasione di lavoro, rientrando nella nozione di occasione di lavoro anche i fatti inerenti al comportamento colposo dello stesso lavoratore, sicché il nesso è interrotto soltanto da un comportamento doloso o dall'assunzione di un rischio elettivo. Escluso, altresì, che nella fattispecie possa configurarsi una ipotesi di dolo, cioè un caso di autolesionismo, l'unico motivo di esclusione potrebbe essere la qualificazione del comportamento come assunzione di un rischio elettivo».*

<sup>26</sup> L. DI SALVO, R. DI TUCCI, E. GAMBACCIANI, L. LA PECCERELLA, L. ROMEO, *Infortunio sul lavoro e Malattie professionali. Le tutele dell'assicurazione obbligatoria* (a cura di L. LA PECCERELLA), Pacini Giuridica, Pisa, 2021.

<sup>27</sup> Dal testo: *«[...] A diversa conclusione si potrebbe giungere esclusivamente con riguardo agli esercenti le professioni sanitarie e agli operatori di interesse sanitario, per i quali, come innanzi precisato, è stato introdotto l'obbligo di vaccinazione con la dichiarata finalità di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza. Il persistere nel rifiuto, continuando nello stesso tempo a prestare la propria attività in condizioni di rischio, nonostante la disposta sospensione, potrebbe essere considerato un comportamento abnorme».*

## 6. Conclusioni

La Medicina del lavoro e le attività di prevenzione sono finalizzate alla massima protezione del lavoratore, alla promozione della salute e alla sicurezza dell'ambiente di lavoro.

Nell'attuale fase pandemica, la vaccinazione anti-SARS-CoV-2 è uno strumento fondamentale nella lotta alla diffusione dei contagi e nella mitigazione della gravità degli esiti correlati alla malattia, strumento che si aggiunge a quelli già disponibili dei dispositivi di protezione individuale, del distanziamento sociale, delle barriere fisiche, dell'organizzazione del lavoro (*smart working*, turnazione).

È evidente come per gli operatori sanitari e socio-sanitari la sorveglianza sanitaria debba tenere conto del rischio infettivo da SARS-CoV-2 e come il protocollo dovrebbe sempre contenere anche la vaccinazione.

D'altronde, un protocollo di sorveglianza sanitaria conformato ai rischi specifici che prevede l'esecuzione di accertamenti diagnostici e profilattici anche invasivi non costituisce una novità nel panorama generale della sicurezza e salute nei luoghi di lavoro.

Se il datore di lavoro è tenuto a preservare, per quanto possibile, il lavoratore da malattie e infortuni nell'esercizio del proprio lavoro (l'art. 2087 c.c. prevede che il datore di lavoro è tenuto ad adottare «*misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro*») allo stesso pari dovrebbe esigersi dal lavoratore l'adesione ad ogni strumento e/o presidio di sicurezza e salute, solo indirettamente volti a garantire misure di efficienza produttiva. Infatti, tali comportamenti sono indirizzati prioritariamente a migliorare i livelli di salute dei lavoratori ma, indubbiamente, riconducono nell'alveo di maggiore tutela anche i colleghi dei lavoratori esposti, gli utenti e gli assistiti.

La mancanza della vaccinazione può condurre, in questa categoria di lavoratori, ad un giudizio di idoneità con limitazioni o di non idoneità, di cui il datore di lavoro deve tener conto, eventualmente disponendo l'allontanamento del lavoratore dall'ambiente rischioso.

Le evidenze e le considerazioni formulate nel presente lavoro meriterebbero di essere estese anche ad altre categorie di lavoratori, quelle a elevato rischio di contagio, che attualmente non risultano citati nel decreto legge 1 aprile 2021, n. 44. Per altro verso devono essere pure segnalati i risvolti di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie e la necessità di attenersi alle disposizioni della legge n. 24/2017.

## RIASSUNTO

Gli autori, partendo dal rischio lavorativo emergente derivante da infezione da

SARS-CoV-2 nel contesto della pandemia in atto per gli operatori sanitari, affrontano una ricostruzione normativa in tema di sorveglianza sanitaria e vaccinazione. Ipotizzano, quindi, l'inserimento nel protocollo di sorveglianza sanitaria del vaccino anti-COVID-19 quale ulteriore misura di protezione per i lavoratori della sanità. Su queste basi, propongono un flusso operativo da adottare presso le strutture sanitarie dell'Inail.

## SUMMARY

Starting from the emerging SARS-CoV-2-related work risk for healthcare professionals in the pandemic, the Authors make a regulatory reconstruction in the field of health surveillance and vaccination. They hypothesize the inclusion in the health surveillance protocol of the ANTI-COVID-19 vaccine as an additional measure of protection for the healthcare professionals. On this basis, they propose an operational flow for Inail health facilities.

## BIBLIOGRAFIA E SITOGRAFIA

L.J. ABU-RADDAD, H. CHEMAITELLY, A.A. BUTT: *National Study Group for COVID-19 Vaccination. Effectiveness of the BNT162b2 Covid-19 Vaccine against the B.1.1.7 and B.1.351 Variants*, in *New England Journal of Medicine*, 2021; NEJMc2104974. <https://doi.org/10.1056/NEJMc2104974> PMID: 33951357.

*Carta di Pisa* in Conferenza Nazionale “Medice cura te ipsum” tenutasi a Pisa il 27-28 marzo 2017.

N. DAGAN et al.: *BNT162b2 mRNA Covid-19 Vaccine in a Nationwide Mass Vaccination Setting*, in *New England Journal of Medicine*, Original Article, 24 February 2021 (e revisione aprile 2021).

W. DANIEL et al.: *Early Evidence of the Effect of SARS-CoV-2 Vaccine at One Medical Center*, in *Correspondance, The New England Journal of Medicine*, March 23, 2021.

A. DE MATTEIS: *I trattamenti sanitari nelle obbligazioni contrattuali. A proposito di vaccino anti-Covid*, in *Conversazioni sul lavoro a distanza da agosto 2020 a marzo 2021*, promosse e coordinate da Vincenzo Antonio Poso Gruppo delle Conversazioni sul lavoro del Convento di San Cerbone.

A. DE MATTEIS: *Infermieri che rifiutano il vaccino e tutela Inail*, in *Conversazioni*

*sul lavoro a distanza da agosto 2020 a marzo 2021*, promosse e coordinate da Vincenzo Antonio Poso Gruppo delle Conversazioni sul lavoro del Convento di San Cerbone.

F. GELLI, M. HAZAN, D. ZORZIT: *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, Ed. Giuffrè, Milano, 2017.

P.T. HEATH, E.P. GALIZA, D.N. BAXTER., M. BOFFITO, D. BROWNE, F.BURNS, D.R.CHADWICK, R.CLARK, C.COSGROVE, J. GALLOWAY, A.L GOODMAN, A.HEER, A.HIGHAM, S.IYENGAR, A. JAMAL, C. JEANES, P.A KALRA, C. KYRIAKIDOU, D.F MCAULEY, A. MEYRICK, A.M. MINASSIAN, J.MINTON, P. MOORE, I. MUNSOOR, H. NICHOLLS, O.OSANLOU, J.PACKHAM, C.H. PRETSWELL, A.SAN FRANCISCO RAMOS, D. SARALAYA, R.P SHERIDAN, R.SMITH, R.L SOIZA, P.A SWIFT, E.C. THOMSON, J.TURNER, M.E.VILJOEN, G. ALBERT, I.CHO, F.DUBOVSKY, G.GLENN, J.RIVERS, A.ROBERTSON, K.SMITH, S.TOBACK: *2019nCoV-302 Study Group. Safety and Efficacy of NVX-CoV2373 Covid-19 Vaccine*, in *New England Journal of Medicine*, 2021 Jun 30: NEJMoa2107659. doi: 10.1056/NEJMoa2107659. Epub ahead of print. PMID: 34192426; PMCID: PMC8262625.

<https://www.iss.it>.

<https://www.siml.it>.

INAIL: *Documento tecnico sulla possibile rimodulazione delle misure di contenimento del contagio da SARS-CoV-2 nei luoghi di lavoro e strategie di prevenzione*, aprile 2020.

J. KEENHER, L.E. HORTON: *SARS-CoV-2 Infection after Vaccination in Health Care Workers in California*, in *Correspondance, The New England Journal of Medicine*, March 29, 2021.

M. KLOMPAS et al.: *Transmission of SARS-CoV-2 from asymptomatic and presymptomatic individuals in healthcare settings despite medical masks and eyeprotection*, in Open Access, <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

*Linee guida del Piano strategico per la vaccinazione anti-SARS-CoV-2/COVID-19*(Decreto 2 gennaio 2021), elaborato dal Ministero della salute, Commissario straordinario per l'emergenza, Istituto Superiore di Sanità, Agenas e Aifa.

Y. LUSTIG, N. ZUCKERMAN, I. NEMET, N. ATARI, L. KLIKER, G. REGEV-YOCHAY, E. SAPIR, O.MOR, S. ALROY-PREIS, E. MENDELSON, M. MANDELBOIM: *Neutralising capacity against Delta (B.1.617.2) and other variants of concern following*

*Comirnaty (BNT162b2, BioNTech/Pfizer) vaccination in health care workers, in Israel. Euro Surveill.* 2021 Jul; 26 (26).

S.A MADHI, V. BAILLIE, C.L CUTLAND, M.VOYSEY, A.L.KOEN, L. FAIRLIE, S.D PADA-YACHEE, K.DHEDA, S.L BARNABAS, Q.E BHORAT., C. BRINER, G. KWATRA, K.AHMED, P.ALEY, S.BHIKHA, J.N BHIMAN, A.E.BHORAT, J.DU PLESSIS, A.ESMAIL, M.GROENE-WALD, E.HORNE, S.H HWA, A.JOSE, T.LAMBE, M.LAUBSCHER, M.MALAHLEHA, M.MASENYA, M.MASILELA, S.MCKENZIE, K.MOLAPO, A.MOULTRIE, S.OELOFSE, F.PATEL, S.PILLAY, S.RHEAD, H.RODEL, L.ROSSOUW, C.TAUSHANIS, H.TEGALLY, A.THOMBRAIYL, S.VAN ECK, C.K.WIBMER, N.M.DURHAM, E.J KELLY, T.L VILLAFANA, S.GILBERT, A.J POLLARD, T.DE OLIVEIRA, P.L.MOORE, A.SIGAL, A. IZU: NGS-SA Group; Wits-VIDA COVID Group. *Efficacy of the ChAdOx1 nCoV-19 Covid-19 Vaccine against the B.1.351 Variant*, in *New England Journal of Medicine*, 2021 May 20; 384 (20): 1885-1898. doi: 10.1056/NEJMoa2102214. Epub 2021 Mar 16. PMID: 33725432; PMCID: PMC7993410.

MINISTERO DELLA SALUTE: *Vaccinazione anti-SARS-CoV-2/COVID-19. Piano strategico. Elementi di preparazione e di implementazione della strategia vaccinale*, aggiornamento del 12 dicembre 2020.

P. PASCUCCI, A. DELOGU: *L'ennesima sfida della pandemia Covid-19: esiste un obbligo vaccinale nei contesti lavorativi?*, in *Diritto della Sicurezza del lavoro*, 2021; 1: 81.

R. RIVERSO: *L'obbligo del vaccino anti Covid nel rapporto di lavoro tra principio di prevenzione e principio di solidarietà*, in *Questione Giustizia*, 18 gennaio 2021.

R. RIVERSO: *Vaccini e rapporto di lavoro: obblighi, responsabilità e tutele*, Testo dell'intervento preparato per il Webinar del 12 marzo 2021: "La salute e sicurezza nei luoghi di lavoro ai tempi del Covid 19", organizzato dall'Ordine distrettuale Avvocati Catanzaro e UMG.

R. ROMANO, L. BRAMANTE: *Lo stato di fragilità: ricostruzione storico-normativa*, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, 2020; 1: 87-96.

P. ROSSI: *Smart Working e salute*, ebook Editore Wolters Kluwe, 2021.

SOCIETÀ ITALIANA DI MEDICINA DEL LAVORO E IGIENE INDUSTRIALE: *Linee guida per le vaccinazioni negli ambienti di lavoro*, Pavia, 2006.

SOCIETÀ ITALIANA DI MEDICINA DEL LAVORO E IGIENE INDUSTRIALE: *Linee guida per le vaccinazioni negli ambienti di lavoro*, Pavia, 2006.

A.J.TANDE et al.: *Impact of the COVID-19 Vaccine on Asymptomatic Infection Among Patients Undergoing Pre-Procedural COVID-19 Molecular Screening*, Press for the Infectious Diseases Society of America, <https://academic.oup.com/cid/advance-article/doi/10.1093/cid/ciab218/6168040>



# LA CENTRALITÀ DEL LAVORATORE NEL SISTEMA DI TUTELA INAIL AL TEMPO DEL COVID-19\*

GUGLIELMO CORSALINI\*\*

## SOMMARIO

1. Premessa. - 2. La selettività soggettiva della tutela anche per il danno da contagio. - 3. L'estensione oggettiva della protezione Inail e la pandemia. - 3.1. Le speciali funzioni dell'Inail durante la pandemia. - 3.2. La tutela del danno da Covid-19 come infortunio sul lavoro. - 3.3. La prova del nesso eziologico tra infezione e lavoro. - 3.4. La irrilevanza della colpa del lavoratore e la tutela Inail dei «no vax». - 3.5. L'indennizzo del danno da contagio *in itinere*. - 3.6. Le prestazioni economiche per il danno da Covid-19. - 4. Il sistema di finanziamento e l'irrilevanza del danno da Covid-19 sul tasso specifico aziendale. - 5. La funzione monitoria dell'azione di regresso e il limite di responsabilità del datore di lavoro per il danno da Covid-19.

## 1. Premessa

Abbastanza diffusa è la convinzione secondo la quale l'Inail si dovrebbe porre in una situazione di equidistanza tra i lavoratori e i datori di lavoro, come fosse una sorta di intermediario tra i diritti risarcitori degli assicurati e il diritto di esonero dalla responsabilità degli assicuranti.

Una tale radicata persuasione è probabilmente da ricollegarsi allo schema assicurativo privatistico che diede origine al sistema di garanzia degli infortuni.

A questo proposito va infatti ricordato che, dopo i tentativi di tutela del lavoratore infortunato attraverso gli strumenti della responsabilità extracontrattuale, contrattuale e oggettiva, la vera svolta verso una più ampia protezione si ebbe quando si giunse ad affermare la teoria del «rischio professionale» e ad applicarla anche agli infortuni sul lavoro; seguendo tale concezione, l'imprenditore deve

\* Relazione al *webinar* organizzato dall'Avvocatura generale Inail, "Problemi attuali dell'Assicurazione contro gli Infortuni sul Lavoro e le Malattie Professionali", 26 marzo 2021.

\*\* Avvocato Inail. Professore a contratto di disciplina dell'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro presso la scuola di specializzazione in Diritto sindacale, del lavoro e della previdenza dell'Università di Macerata.

sempre rispondere dei danni subiti dai suoi dipendenti per ragioni di lavoro, in quanto egli, traendo vantaggio dall'esercizio dell'impresa (e quindi anche e soprattutto dal contributo dei lavoratori), deve anche sopportarne i rischi (*ubi commoda eius et incommoda*)<sup>1</sup>.

In seguito all'applicazione del principio del rischio professionale agli infortuni sul lavoro, un'assicurazione contro tali eventi si rese perciò vantaggiosa non solo per i lavoratori, che potevano così più facilmente e tempestivamente ottenere il ristoro del pregiudizio patito, ma anche per i datori di lavoro, che, proprio grazie alla copertura assicurativa, riuscivano ad evitare oneri risarcitori a volte anche molto elevati. Questa coincidenza d'interessi tra lavoratori e imprenditori e la crescente sensibilità sociale riservata alla problematica, consentirono di pervenire alla previsione dell'obbligatorietà dell'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro con la l. 80/1898. Si trattò allora di una sorta di compromesso, in forza del quale il lavoratore poteva ottenere un ristoro, magari parziale ma immediato, anche nel caso in cui l'infortunio fosse stato determinato da caso fortuito, da forza maggiore o da sua stessa colpa; il datore di lavoro, da parte sua, pagando il premio assicurativo, si liberava da ogni responsabilità per eventi di cui altrimenti avrebbe dovuto rispondere in forza del principio del rischio professionale, a meno che l'infortunio non fosse conseguente a una sua colpa penale.

In altre parole, la tutela contro gli infortuni nacque secondo uno schema assicurativo privatistico fondato su una logica transattiva dalla quale, nonostante il tempo trascorso e lo stravolgimento dei principi del nostro ordinamento provocato dall'entrata in vigore della Costituzione, sembra ancora oggi difficile liberarsi<sup>2</sup>.

In tale contesto appare comprensibile anche la sorpresa con cui è stato da alcuni accolto il titolo scelto da chi scrive per il libro sulla disciplina degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali, ossia *La centralità del lavoratore nel sistema di tutela Inail*<sup>3</sup> (a cui sia consentito rinviare anche per l'approfondimento degli aspetti che verranno affrontati in estrema sintesi e forse in modo apodittico nel presente lavoro).

In realtà, il carattere strettamente assicurativo della tutela va oggi appunto rimodulato alla luce dei principi costituzionali. Già l'art. 3, comma 2, della Costituzione, impone di utilizzare ogni strumento utile a liberare la persona dal bisogno per la sua piena realizzazione. L'art. 38, comma 2, poi, volendo accor-

1 V. G. FUSINATO, *Gli infortuni sul lavoro e il diritto civile*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1887, 54. Sulla questione si rinvia anche al simpatico ed illuminante scritto di L. GAETA, *Scene da un infortunio*, in *La tutela antinfortunistica oggi*, a cura di G. CANAVESI, E. ALES, Napoli, 2021, 9 ss.

2 Cfr. M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Torino, 2020, 30 ss. e 496; A. DE MATTEIS, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Milano, 2020, 69 ss. e 182 ss.

3 G. CORSALINI, *La centralità del lavoratore nel sistema di tutela Inail*, Milano, 2020. Nella presentazione, a cura di A. DE MATTEIS, si legge: «Nessun manuale o trattato della nostra materia è mai stato titolato così. Eppure questo è il cuore del problema. Per questo è sorta l'assicurazione obbligatoria sul finire dell'Ottocento, e questa è stata la finalità che si sono proposte le diverse istanze, dottrinali ed istituzionali, che l'hanno sviluppata progressivamente fino alla dimensione attuale, in una torsione permanente per adeguare i testi originari ai valori della Costituzione, la nostra *Antigone*. Il titolo costituisce un la appropriato che fa intendere il seguito della *sinfonia*».

dare ai lavoratori una speciale protezione, in considerazione del fatto che essi contribuiscono con la loro indispensabile attività al benessere e al progresso sociale, non associa certo la tutela al rischio professionale ma alla situazione di difficoltà in cui i lavoratori stessi si vengono a trovare a causa di un infortunio o di una tecnopatia, come si evince chiaramente dal suo dettato letterale: «*I lavoratori hanno diritto che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia (...)*».

Ecco allora che al centro del sistema di tutela Inail deve essere posto il lavoratore, con la conseguenza che, anche nel quadro di protezione del danno da Covid-19, mal si conciliano con l'assetto normativo fondamentale alcune persistenti limitazioni soggettive e oggettive della garanzia, la concezione dei contributi come premi correlati esclusivamente ai costi e ai rischi dell'attività, l'interpretazione delle azioni di rivalsa condizionata dal principio dell'esonero e da una logica strettamente economicistica; anzi, proprio la pandemia finisce per rappresentare un importante banco di prova della tenuta costituzionale dell'impianto di garanzia degli infortuni sul lavoro.

## 2. La selettività soggettiva della tutela anche per il danno da contagio

Un sistema di tutela centrato sulla persona del lavoratore, innanzitutto, non sembra compatibile con la selettività soggettiva della protezione previdenziale che ancora oggi caratterizza il testo unico.

Mentre l'art. 38 Cost. sembra voler garantire tutti i lavoratori e tutte le attività lavorative («*I lavoratori hanno diritto ...*»), l'assicurazione contro gli infortuni è tuttora riservata a determinati soggetti, indicati nell'art. 4 del d.p.r. 30 giugno 1965, n. 1124, t.u., purché svolgano una delle attività previste dall'art. 1 dello stesso testo unico<sup>4</sup>. Tali elencazioni, come noto, vengono considerate sostanzialmente tassative (eventualmente soggette ad interpretazione estensiva), per cui vengono esclusi dalla tutela i lavoratori che non sono ivi indicati e le attività ivi non previste (fatta salva naturalmente la protezione degli addetti all'agricoltura dei quali si occupa il Titolo II dello stesso testo unico).

Nonostante nel corso degli anni si sia proceduto ad una progressiva estensione delle categorie protette per opera della legislazione e della giurisprudenza costituzionale e di legittimità<sup>5</sup>, tale estensione della tutela, sebbene rilevante ed

4 Cfr. M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, cit., 502 s.; A. DE MATTEIS, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, cit., 69 ss. e 182 ss.; S. GIUBBONI, G. LUDOVICO, A. ROSSI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Padova, 2020, 48 ss.

5 Cfr., a tal proposito, le sentenze additive della Corte Costituzionale con le quali sono stati ritenuti soggetti assicurati i cassieri (C. Cost. 7 aprile 1981, n. 55, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1981, II, 71 ss.), i lavoratori all'estero (C. Cost. 30 dicembre 1985, n. 369, in *Riv. it. dir. lav.*, 1986, II, 491 ss.; C. Cost. 26 luglio 1988, n. 880, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1988, II, 171 ss.), i familiari del datore di lavoro (C. Cost. 10 dicembre 1987, n. 476, in *Dir.*

apprezzabile, non sembra aver trasformato radicalmente l'impianto originario: aggiungendo via via nuove categorie di assicurati, infatti, si è sempre continuato a circoscrivere il gruppo dei beneficiari in ragione della minore o maggiore probabilità che si verifichi l'evento infortunio o l'evento malattia professionale, in adesione ad una logica propria delle assicurazioni, che, appunto, presuppongono l'esistenza di un rischio<sup>6</sup>.

*lav.*, 1988, 87 ss.), i coniugi che gestiscono in comune un'azienda coniugale (v. Cass. 23 maggio 2006, n. 12095, in *Mass. giur. lav.*, 2006, n. 11, 870 ss.), gli assistenti contrari (C. Cost. 2 marzo 1990, n. 98, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1990, II, 4 ss.), i ballerini ed i tersicorei (C. Cost. 21 marzo 1989, n. 137, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1989, II, 1 ss.), le guardie venatorie (C. Cost. 4 aprile 1990, n. 160, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1990, II, 1 ss.), i lavoratori associati in partecipazione (C. Cost. 15 luglio 1992, n. 332, in *Mass. giur. lav.*, 1992, 451 ss.). Si ricordi poi l'estensione della copertura assicurativa, per opera della giurisprudenza, a tutti quei lavoratori comunque sottoposti al così detto rischio ambientale (Cass., sez. un., 14 aprile 1994, n. 3476, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1994, II, 83 ss.) e al rischio elettrico (Cass. 8 agosto 1987, n. 6838, in *Foro it.*, 1988, I, 1033 ss.) o ai coltivatori diretti non imprenditori (Cass., sez. un., 1 settembre 1999, n. 616, in *Dir. giur. agr. amb.*, 2000, 102 ss.). Si consideri ancora l'estensione della copertura Inail alle «casalinghe» (l. 3 dicembre 1999, n. 493), agli sportivi professionisti, ai dirigenti, ai lavoratori parasubordinati (artt. 4, 5 e 6 d.lgs. 23 febbraio 2000, n. 38), ai lavoratori in aspettativa sindacale (C. Cost. 10 maggio 2002, n. 171, in *Dir. giust.*, 2002, n. 28, 28 ss.), ai tirocinanti per tutte le attività ricomprese nel progetto formativo Inail, circ. 4 marzo 2014, n. 16, in *www.inail.it.*), a coloro che svolgono attività di volontariato (riforma del terzo settore, l. 6 giugno 2016, n. 106), ai soggetti beneficiari di ammortizzatori sociali e di altre forme di integrazione e sostegno del reddito coinvolti in attività di volontariato ai fini di utilità sociale (art. 12 d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito in l. 11 agosto 2014, n. 114), ai detenuti e agli internati impegnati in lavori di pubblica utilità (art. 1, comma 312, l. 28 dicembre 2015, n. 208 e Inail, circ. 17 febbraio 2017, n. 8, in *www.inail.it.*), ai giudici onorari e ai vice procuratori onorari (art. 25, comma 5, d.lgs. 13 luglio 2017, n. 116; Inail, circ. 8 novembre 2017, n. 50, in *www.inail.it.*) e, da ultimo, ai cosiddetti *riders*, ossia a coloro che, con l'ausilio di velocipedi o veicoli a motore, svolgono attività di consegna in ambito urbano (art. 47-septies d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, introdotto dal d.l. 3 settembre 2019, n. 101, convertito con l. 2 novembre 2019, n. 128). Sulla stessa linea si pone poi una serie di decisioni della Suprema Corte con le quali sono stati considerati soggetti assicurati i vigili urbani in servizio di viabilità a piedi (Cass. 20 novembre 2002, n. 16364, in *Giust. civ.*, 2003, I, 1833 ss. Cfr. pure Inail, circ. 14 novembre 2005, n. 45, in *www.inail.it.*), gli insegnanti di scuola materna, che svolgono attività assimilabili alle esperienze tecnico scientifiche e alle esercitazioni pratiche (Cass. 10 aprile 2014, n. 7277, in *https://olympus.uniurb.it.*; Cass. 25 agosto 2005 n.17334, in *Giust. civ. mass.*, 2005, 1653 s.; Cass. 10 settembre 2009, n. 19495, *Guida dir.*, 2009, 46, 50. Cfr. Inail, circ. 4 aprile 2006, n. 19, in *www.inail.it.*), i lavoratori in permesso sindacale (Cass. 7 luglio 2016, n. 13882, in *Foro it.*, 2016, I, 3497), gli studenti universitari con rapporti di collaborazione ex art. 13 l. 2 dicembre 1991, n. 390 (Cass. 29 gennaio 2020, n. 2013, in *Giust. civ. mass.*, 2020).

- 6 Cfr. M. PERSIANI, *L'ambito soggettivo di applicazione della tutela per gli infortuni e le malattie professionali*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2000, I, 1 ss. In questo senso, ad esempio, è stata negata la protezione all'agente di Polizia di Stato in servizio di autista (Cass. 9 agosto 2003, n. 12033, in *Giust. civ. mass.*, 2003, 1890); alla professoressa di lingue (e quindi di una materia teorica), anche se nella sua attività aveva fatto uso di strumenti audiovisivi (Cass. 14 febbraio 2004, n. 2887, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2004, II, 59 ss.); all'insegnante di scuola media (Cass. 21 ottobre 2015, n. 21400, in *https://olympus.uniurb.it.*) e ai familiari del ricercatore universitario morto in seguito ad incidente stradale (Cass. 8 luglio 2016, n. 14028, in *https://olympus.uniurb.it.*); al personale educativo degli asili nido (Cass. 24 aprile 2017, n. 10192, in *DeJure Giuffrè*), perché in questi casi mancava la prova che l'attività didattica rientrasse tra quelle indicate dall'art. 4, n. 5, del testo unico; ai componenti di studi professionali associati (Cass. 27 giugno 2017, n. 15971, in *Foro it.*, 2017, 9, I, 2654 s.; Cass. 21 novembre 2019, n. 30428, in *Dir. giust.*, 2019, 22 novembre). La stessa Corte Costituzionale, chiamata a decidere circa l'estensione dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni e le malattie professionali ai componenti degli studi associati, quando fra questi intercorra un rapporto di dipendenza funzionale, incompatibile con l'autonomia dei singoli professionisti e connotato dai caratteri della professionalità, della sistematicità, dell'abitudine delle prestazioni svolte e dall'assoggettamento alle direttive dell'ente collettivo, sempre nell'ipotesi in cui questi prestino opera manuale esposta a rischio, ha ritenuto che la questione sia di competenza del legislatore o comunque riservata al giudice di merito, confermando di fatto la validità dell'impianto del sistema e quindi la riserva di tutela solo per alcuni soggetti, tra i quali appunto i lavoratori dipendenti (C. Cost. 11 febbraio 2016, n. 25, in *Giur. cost.*, 2016, I, 155 ss.).

Tuttavia, il sistema, così come modificato nel corso degli anni, evidenzia ormai tutte le sue contraddizioni.

Il riconoscimento degli infortuni solo perché connessi a esigenze e finalità lavorative, indennizzati anche quando si verificano nello svolgimento di attività diverse da quelle pericolose per le quali il soggetto è assicurato, come avviene per l'infortunio *in itinere*, evento in cui possono incorrere anche lavoratori non addetti a lavorazioni pericolose, ha definitivamente infranto il collegamento tra premio, rischio e prestazione e ha finito paradossalmente per rendere più irrazionale e contraria al principio di uguaglianza la distinzione tra lavoratori assicurati e lavoratori non assicurati.

Una tale limitazione soggettiva della tutela risulta poi addirittura intollerabile in relazione alla tragica infezione da Covid-19, perché finisce per escludere dalla protezione previdenziale soggetti particolarmente esposti come i medici di base o i medici e gli infermieri che operano come lavoratori autonomi, i quali non rientrano tra i lavoratori parasubordinati di cui all'art. 5 del d.lgs. 38/2000; sebbene possa apparire paradossale, non è quindi tutelato neppure il personale sanitario assunto dall'Inail proprio per contrastare il contagio da Coronavirus, ai sensi dell'art. 10 del d.l. 18/2020 (decreto «Cura Italia»), convertito con modificazioni dalla l. 27/20207.

In realtà, ogni lavoratore che rimane vittima di un infortunio o contrae una malattia professionale, proprio perché la situazione di bisogno è stata cagionata dall'adempimento del dovere di concorrere al progresso della società, merita una protezione particolarmente intensa<sup>8</sup>, in conformità ai principi affermati dalla Costituzione, che richiedono la «*massima estensione della tutela contro gli infortuni e le malattie occasionate da attività di lavoro*» e impongono il superamento di ogni problema relativo alla qualificazione o tipizzazione del rapporto di lavoro e ogni discriminazione tra lavoratori; l'esigenza di proteggere il lavoro «*comporta infatti la svalutazione del titolo o del regime giuridico in base al quale l'attività sia espletata*»<sup>9</sup>.

D'altro canto, una rinnovata assicurazione contro gli infortuni e le malattie professionali di tutti i lavoratori, tenuto conto dell'evoluzione intervenuta, sarebbe ormai attuabile con un'incidenza sostenibile sui costi del sistema previdenziale (Forze armate e di polizia, Vigili del fuoco dipendenti e volontari, professioni in mono-committenza, partite Iva, commercianti)<sup>10</sup>.

7 Cfr. L. LA PECCERELLA, *Infezione da coronavirus e tutela contro gli infortuni e le malattie professionali*, in *Dir. sic. soc.*, 2020, I, 1 ss.

8 Cfr. M. PERSIANI, *L'ambito soggettivo di applicazione della tutela per gli infortuni e le malattie professionali*, cit., 11.

9 V. C. Cost. 10 maggio 2002, n. 171, cit. Cfr. M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, cit., 503.

10 Cfr. anche l'intervista del Presidente Inail, FRANCO BETTONI, al *Sole 24 Ore* del 30 gennaio 2020, *Tutele da estendere a 3 milioni di lavoratori, noi siamo pronti*, a cura di D. COLOMBO.

### 3. L'estensione oggettiva della protezione Inail e la pandemia

#### 3.1. Le speciali funzioni dell'Inail durante la pandemia

Porre la persona del lavoratore al centro del sistema di tutela comporta inoltre la più ampia estensione oggettiva possibile della protezione, con la «presa in carico» del lavoratore, al quale vanno fornite non solo le prestazioni di carattere economico, sicuramente di grande rilevanza, ma anche le attività di cura e le attività di riabilitazione e reinserimento lavorativo, anche per evitare la nocività per la salute psico-fisica della non occupazione.

Sempre più importante, poi, è divenuto il ruolo dell'Istituto in materia di prevenzione. In effetti, sono oggi affidati all'Inail compiti di consulenza alle aziende, di formazione e informazione, di finanziamento di progetti d'investimento in materia di sicurezza nei luoghi di lavoro<sup>11</sup>.

Uno sforzo speciale, a questo proposito, è stato posto in atto dall'Istituto anche per contrastare il contagio da Covid-19, non solo negli ambienti di lavoro ma anche negli ambienti di vita. Si pensi, in particolare, ai documenti tecnici elaborati dall'Inail, mirati ad affrontare la ripresa in sicurezza delle attività produttive e a garantire adeguati livelli di tutela della salute per tutta la popolazione<sup>12</sup>; alla funzione di validazione straordinaria dei dispositivi di protezione individuale, finalizzati a mitigare i rischi connessi all'emergenza sanitaria in corso (art. 15 del decreto «Cura Italia», d.l. 18/2020 convertito con modificazioni dalla l. 27/2020); all'erogazione da parte dell'Istituto di contributi per oltre cinquecento milioni di euro a sostegno dell'attività di prevenzione delle imprese per l'acquisto di dispositivi e altri strumenti di protezione individuale (art. 43 del «Cura Italia» e art. 95 del d.l. 34/2020, decreto «Rilancio»).

#### 3.2. La tutela del danno da Covid-19 come infortunio sul lavoro

Per quanto riguarda poi la tutela dell'infortunio, non sembra compatibile con l'urgenza di protezione di tale evento il continuo richiamo alla presenza del rischio quale presupposto della garanzia, elemento che non viene neppure richiamato dall'art. 2 del t.u. Ciò che deve invece rilevare è soltanto la sussistenza dell'occasione di lavoro, che si ha, utilizzando per analogia l'espressione contenuta nell'art. 2049 c.c., quando i lavoratori subiscono l'infortunio «*nell'esercizio delle incombenze cui sono adibiti*». L'infortunio appare quindi indennizzabile non

<sup>11</sup> Cfr. art. 23 d.lgs. 38/2000 e d.lgs. 81/2008, come modificato dal d.lgs. 106/2009.

<sup>12</sup> Cfr. Inail, *Documento tecnico sulla possibile rimodulazione delle misure di contenimento del contagio da SARS-CoV-2 nei luoghi di lavoro e strategie di prevenzione*, e i documenti tecnici elaborati dall'Inail e dall'Iss (Istituto superiore di sanità) per la fase 2 nei settori della cura della persona, della ristorazione e della balneazione, atti pubblicati in [www.inail.it](http://www.inail.it).

solo quando l'attività lavorativa abbia causato l'evento, secondo le regole dettate dagli artt. 40 e 41 c.p., ma anche quando lo abbia semplicemente agevolato o reso possibile; in tal senso non ha neppure rilevanza ai fini della tutela che l'infortunio si sia verificato all'esterno dell'azienda e in orario non lavorativo (si pensi all'infortunio *in itinere*).

Anche il danno da Covid-19, quando appunto il contagio sia stato in qualche modo favorito dall'attività lavorativa, è stato allora ritenuto indennizzabile come infortunio sul lavoro, considerato che la causa virulenta viene da sempre equiparata alla causa violenta (v. art. 42, comma 2, del decreto «Cura Italia»: «*Nei casi accertati di infezione da coronavirus (SARS-CoV-2) in occasione di lavoro, il medico certificatore redige il consueto certificato di infortunio e lo invia telematicamente all'Inail che assicura, ai sensi delle vigenti disposizioni, la relativa tutela dell'infortunato*», circ. Inail 3 aprile 2020 n. 13 e circ. Inail 20 maggio 2020 n. 22)<sup>13</sup>.

Ci si domanda, tuttavia, se l'art. 42 rappresenti un'applicazione dei principi generali in materia o se abbia invece un carattere di eccezionalità. A tale proposito si deve rilevare che, prima di questa particolare fattispecie introdotta dalla normativa emergenziale, i casi di «malattia-infortunio» indennizzabili si riferivano esclusivamente a infezioni derivanti da un rischio specifico, strettamente connesso all'attività lavorativa, e non ad un rischio generico com'è quello derivante da una pandemia. Questo aspetto, del resto, era stato ben chiarito dalla Corte costituzionale che, con sentenza n. 226 del 1987<sup>14</sup>, aveva ritenuto indennizzabile il danno da malaria proprio perché la stessa, dopo la scoperta del DDT (diclorodifeniltricloroetano), non poteva essere più considerata malattia comune, derivante da un rischio generico, ma doveva essere considerata come collegata appunto a «*un rischio specifico in occasione di lavoro in circoscritto ambiente infesto*».

La situazione ammessa ora a tutela rappresenta dunque una novità nel sistema di protezione degli infortuni e l'art. 42 del decreto «Cura Italia», almeno da questo punto di vista, non può essere considerato una norma di carattere «confermativo»; si tratta, più propriamente, di una norma eccezionale volta alla garanzia previdenziale di un'infezione derivante da un evento epidemico globale di carattere straordinario, che considera appunto rilevante l'occasione di lavoro e non il rischio professionale. Questa estensione della tutela trova probabilmente giusti-

<sup>13</sup> In tal senso, infatti, si è sempre pronunciata la Suprema Corte, sin dalla decisione 31 ottobre 1921 (F.F.S.S. c/ Migliori), relativa all'infezione carbonchiosa (oggi prevista espressamente dal secondo comma dell'art. 2, t.u.), e poi nelle sentenze, spesso ricordate, 3 novembre 1982, n. 5764, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1982, II, 137 ss., 19 luglio 1991, n. 8058, in *Riv. giur. lav.*, 1992, II, 294 s. e 13 marzo 1992, n. 3090, in *Mass. giur. lav.* 1992, 234. L'indirizzo giurisprudenziale è stato accolto dall'Inail già con la Lettera circ. del 1° luglio 1993, relativa alle *Modalità di trattazione dei casi di epatite virale a trasmissione parenterale e AIDS*, in [www.inail.it](http://www.inail.it), e poi circ. Inail, n. 74 del 23 novembre 1995 [www.inail.it](http://www.inail.it), e, infine, *Linee guida per la trattazione dei casi di malattie infettive e parassitarie* del 1° dicembre 1998, in [www.inail.it](http://www.inail.it).

<sup>14</sup> Cfr. C. Cost. 17 giugno 1987, n. 226, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, 1479 ss., dove tra l'altro si legge: «*Negli anni cui risalgono queste norme la malaria infestava intere regioni del Paese e costituiva un rischio generico di malattia e di morte per le popolazioni, non un rischio specifico dei lavoratori. Era pertanto allora giustificato che la malattia da infezione malarica fosse esclusa dal sistema assicurativo contro gli infortuni sul lavoro*».

ficazione nel fatto che, almeno nei mesi di *lockdown*, i lavoratori hanno lasciato la propria abitazione, prevalentemente se non esclusivamente, per recarsi al lavoro, per cui l'adempimento della prestazione lavorativa ha sicuramente comportato un aggravamento del rischio di contagio rispetto al resto della popolazione. Trattandosi di norma eccezionale, si ritiene che la previsione non possa essere applicata per analogia ad altri casi di pandemia (art. 14 disp. gen. c.c.) e quindi, per esempio, alle conseguenze dannose della comune influenza stagionale.

### *3.3. La prova del nesso eziologico tra infezione e lavoro*

Quando sia stata accertata l'esistenza della patologia da Covid-19, almeno per chi opera in ambienti sanitari, come ospedali, cliniche, ambulatori medici o farmacie, vale la presunzione della sussistenza del rapporto causale tra la stessa e il lavoro, anche nel caso in cui l'identificazione delle specifiche cause lavorative del contagio si presenti problematica; ciò in adesione al principio secondo il quale, sebbene alcune infezioni si possano contrarre anche in condizioni estranee al lavoro, per quei lavoratori che operano in un determinato ambiente e che sono adibiti a specifiche mansioni, con una ripetuta e consistente esposizione ad un particolare rischio, la presunzione dell'origine lavorativa è così grave da raggiungere quasi la certezza. Del resto, questo è il principio seguito dall'Inail, sin dagli anni novanta, quando si stabilì che per il personale sanitario, ai fini dell'accertamento del nesso tra il lavoro e le malattie infettive e parassitarie (ivi comprese le epatiti virali a trasmissione parenterale e l'AIDS, a cui sopra si è accennato) è senz'altro legittimo il ricorso a presunzioni semplici ex art. 2729 c.c.<sup>15</sup>.

La stessa agevolazione, in relazione alla prova del nesso eziologico tra lavoro e infezione, viene concessa anche ad altri lavoratori particolarmente esposti come, ad esempio, agli addetti alla portineria in ospedale o a lavori vari (elettricisti, manutentori, ecc.), che comunque orbitano all'interno di strutture sanitarie, e ai lavoratori che operano in *front-office*, alla cassa, agli addetti alle vendite/banconisti (circ. Inail 3 aprile 2020 n. 13).

Per gli altri lavoratori vale invece il normale principio dell'onere della prova, per cui spetterà a loro dimostrare di aver contratto il virus in occasione di lavoro.

### *3.4. La irrilevanza della colpa del lavoratore e la tutela Inail dei «no vax»*

Considerato il significato di occasione di lavoro che si è tentato di suggerire, non

15 V. Inail, «Linee guida per la trattazione dei casi di malattie infettive e parassitarie» del 1° dicembre 1998, 5 s.

dovrebbe ritenersi rilevante la colpa del lavoratore nella determinazione dell'infortunio, neppure quando si possa configurare come colpa grave o abnorme. In altre parole, una volta accertato che l'evento sia oggettivamente ricollegabile all'attività lavorativa svolta dall'assicurato, nessuna importanza possono rivestire le modalità della condotta<sup>16</sup>: «*la legge infortunistica chiede solo - come è stato incisivamente affermato - che la vittima abbia patito il sinistro in occasione di lavoro, e non in occasione di buon lavoro, di corretto lavoro, di lavoro prudente, di lavoro spiegato con la diligenza del buon padre di famiglia*»<sup>17</sup>. Allora, anche quando il comportamento del lavoratore possa configurarsi come abnorme, contrario alle più comuni regole di diligenza e prudenza, antitetico rispetto ai regolamenti di fabbrica, agli ordini impartiti dal datore di lavoro e alla normativa per la prevenzione degli infortuni, comunque, in presenza del nesso di occasionalità con il lavoro, l'evento infortunistico, che eventualmente ne consegue, risulta indennizzabile<sup>18</sup>.

In altre parole, la relazione di «occasionalità necessaria» viene meno soltanto quando il lavoratore abbia perseguito finalità proprie, ossia quando l'infortunio derivi di rischio elettivo, cioè da un rischio estraneo al lavoro, scelto volontariamente dall'assicurato, o nel caso autolesionismo (art. 65 t.u.).

Applicando questi principi, l'Inail ritiene giustamente indennizzabile il danno da Covid-19 contratto al lavoro anche dal personale che abbia rifiutato i vaccini<sup>19</sup>. Non si può confondere, infatti, come si è tentato di chiarire, la colpa grave o abnorme, eventualmente consistente nella mancata adesione al piano vaccinale (che resta comunque una componente causale dell'evento), con il rischio elettivo (che fa venir meno l'occasione di lavoro).

La tutela, inoltre, non dovrebbe venir meno neppure con l'introduzione dell'obbligo o, meglio, onere vaccinale<sup>20</sup> almeno per alcune categorie di lavoratori, ossia per i sanitari e per tutti i lavoratori (anche non sanitari) che orbitano in ambiente sanitario in senso lato, di cui all'art. 4 del d.l. 44/2021 («*gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario che svolgono la loro attività nelle strut-*

<sup>16</sup> Cfr., tra tutti e per primo, F. CARNELUTTI, nota a sentenza C. App. Milano, 26 gennaio 1904, in *Riv. dir. comm.*, 1904, II, 152 ss.

<sup>17</sup> V. U. CHIAPPELLI, *L'«occasione di lavoro» ed il così detto «comportamento anormale» del lavoratore*, in *Dir. Lav.*, 1948, II, 42 ss., nota a sentenza Comm. Arb. Centr. Inf. Agric. 29 aprile 1947.

<sup>18</sup> Cfr., da ultimo, Cass. 19 marzo 2019, n. 7649, in *Foro. it.*, 2019, I, 2386 ss.; cfr., inoltre, Cass. 18 giugno 2018, n. 16026, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2017, II, 197 ss.; Cass. 10 febbraio 2011, n. 13763, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2011, II, 24 ss.; Cass. 19 aprile 2003, n. 6377, in *Orient. giur. lav.*, 2003, I, 457 ss.; Cass. 25 novembre 1975, n. 3950, in *Giust. civ. mass.*, 1975, 1847 s.

<sup>19</sup> Come si evince dalla nota Inail, datata 1 marzo 2021, n. 2402, relativa all'indennizzabilità di personale sanitario contagiato in seguito al rifiuto della profilassi vaccinale. Cfr. R. RIVERSO, *Questioni applicative in tema di rifiuto di vaccinarsi: dalla circ. Inail dell'1.3.2021 all'ordinanza del giudice di Belluno del 19.3.2021*, in *Questione Giustizia*, 29 marzo 2021.

<sup>20</sup> Cfr. C. PISANI, *Il vaccino per gli operatori sanitari obbligatorio per legge e requisito essenziale per la prestazione*, in *Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi*, 7 aprile 2021.

ture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie, parafarmacie e negli studi professionali sono obbligati a sottoporsi a vaccinazione gratuita per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2»<sup>21</sup>.

Del resto, come sostengono molti giuristi di varia estrazione<sup>22</sup>, l'onere vaccinale dovrebbe sussistere per tutti i lavoratori a prescindere da una norma *ad hoc*, in quanto l'adesione al piano vaccinale sarebbe già imposta non solo dall'obbligo generale per il datore di lavoro di garantire la salute dei propri dipendenti ai sensi dell'art. 2087 c.c., ma anche dalle norme del d.lgs. 81/2008, specialmente dagli artt. 266 e ss., che prevedono la doverosità dei vaccini efficaci, e dall'art. 20, in forza del quale ogni lavoratore deve prendersi cura della propria salute e sicurezza e di quella delle altre persone presenti sul luogo del lavoro.

I lavoratori che rifiutino il vaccino dovrebbero essere allora esclusi dall'accesso ai luoghi di lavoro che comportino rischi di contagio per sé e per gli altri, tuttavia, una volta ammessi al lavoro, sussiste il nesso di occasionalità con l'attività protetta e l'eventuale danno da Coronavirus appare senz'altro indennizzabile. Ci si trova di fronte ad una situazione analoga a quella in cui il lavoratore non utilizzi gli strumenti antinfortunistici: dovrebbe essergli impedito di lavorare e possono essergli applicate le sanzioni previste dalla normativa antinfortunistica, ma, se egli viene ammesso al lavoro, ha poi comunque diritto alla tutela previdenziale anche per gli infortuni che gli dovessero derivare proprio dal mancato utilizzo del presidio antinfortunistico.

### 3.5. L'indennizzo del danno da contagio in itinere

L'attenzione alla persona del lavoratore e l'esigenza di tutela degli eventi pregiudizievoli collegati al lavoro dovrebbero poi indurre ad una protezione più ampia degli spostamenti finalizzati all'attività lavorativa, con il conseguente superamento dell'interpretazione restrittiva dall'art. 12 del d.lgs. 38/2000, per arrivare forse al riconoscimento dell'indennizzabilità anche delle malattie contratte *in itinere*.

21 Per una interpretazione ampia delle categorie di lavoratori soggette all'obbligo vaccinale cfr. A. DE MATTEIS, *Prime notazioni sul d.l. 1° aprile 2021, n. 44 sull'obbligo di vaccino del personale sanitario*, in *ilgiuslavorista.it*, 6 aprile 2021; R. RIVERSO, *Note in tema di individuazione dei soggetti obbligati ai vaccini a seguito del decreto legge n. 44/2021*, in *Questione Giustizia*, 20 aprile 2021. Contra F. SCARPELLI, *Arriva l'obbligo del vaccino (solo) per gli operatori sanitari: la disciplina e i suoi problemi interpretativi*, in *Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi*, 3 aprile 2021.

22 Cfr. A. DE MATTEIS, *Art. 32 della Costituzione: diritti e doveri in tema di vaccinazione anti-Covid*, in *ilgiuslavorista.it*; R. RIVERSO, *L'obbligo del vaccino anti Covid nel rapporto di lavoro tra principio di prevenzione e principio di solidarietà*, in *Questione Giustizia*, 18 gennaio 2021; R. GUARINIELLO, *Sorveglianza sanitaria: vaccino obbligatorio per i lavoratori?*, in *DPL*, 2021, n. 1; P. ICHINO, *Liberi di non vaccinarsi, ma non a rischio degli altri*, in *lavoce.info*, 31 dicembre 2020; M. MARINELLI, *Il vaccino anti Covid-19 e l'obbligazione di sicurezza del datore di lavoro*, in *Lav. giur.*, 2021, n. 4, 329 ss.. Contra: G. FALASCA, *Non si può licenziare il dipendente che rifiuta di vaccinarsi*, in *www.open.online.it*, 25 dicembre 2020; F. SCARPELLI, *Rifiuto del vaccino e licenziamento: andiamoci piano!*, in *www.linkedin.com*, 29 dicembre 2020.

In quest'ottica di ampia protezione del viaggio lavorativo, l'Inail, sin da subito, ha allora giustamente ritenuto indennizzabile il danno da Coronavirus contratto sulle vie del lavoro (circ. Inail del 3 aprile 2000 n. 13). Pure in questa ipotesi, sarà un problema di prova e, ancora una volta, si dovrà probabilmente ricorrere esclusivamente a presunzioni (es. uso di mezzi pubblici affollati in zona ad alto rischio), salvo che l'interessato non riesca a dimostrare, per esempio, di aver viaggiato con un compagno di lavoro precedentemente infettato dal virus.

A questo proposito va evidenziato che l'Istituto, mostrando una doverosa attenzione a ragioni di natura precauzionale e di prevenzione del contagio, nella circ. n. 13 già citata, chiarisce che, in deroga a quanto espressamente disposto dall'art. 12 del d.lgs. 38/2000 (che consente la tutela del viaggio lavorativo su mezzo privato solo quando la sua utilizzazione sia necessitata), «*considerato che il rischio di contagio è molto più probabile in aree o a bordo di mezzi pubblici affollati e al fine di ridurre la portata*», l'uso del mezzo privato per raggiungere dalla propria abitazione il luogo di lavoro e viceversa è ritenuto necessitato per tutto il periodo di emergenza epidemiologica.

### ***3.6. Le prestazioni economiche per il danno da Covid-19***

Come già evidenziato, il sistema di tutela Inail comporta la «presa in carico» del lavoratore, con ogni conseguente sostegno anche di carattere economico.

Questa ampia protezione comporta quindi la più estesa copertura previdenziale di ogni conseguenza del contagio: dall'inabilità temporanea, all'invalidità permanente, fino al decesso del lavoratore; e ciò anche quando il virus abbia rappresentato, come spesso avviene, una semplice concausa del danno; è infatti pacifico che in materia di infortuni sul lavoro e malattie professionali, trova applicazione la regola contenuta nell'art. 41 c.p., secondo la quale il rapporto causale tra evento e danno è governato dal principio dell'equivalenza delle condizioni, per cui va riconosciuta efficienza causale ad ogni antecedente che abbia contribuito, pure in maniera indiretta e remota, alla produzione dell'evento, anche soltanto quale fattore accelerante. Appare inoltre interessante sottolineare che l'art. 42 del decreto «Cura Italia» ha previsto che «*Le prestazioni Inail nei casi accertati di infezioni da coronavirus in occasione di lavoro sono erogate anche per il periodo di quarantena o di permanenza domiciliare fiduciaria dell'infortunato con la conseguente astensione dal lavoro*». Viene quindi ritenuta indennizzabile l'inabilità temporanea in relazione al periodo in cui il lavoratore si trovi in quarantena o in isolamento domiciliare per fini precauzionali, in conseguenza della malattia da Covid-19, immediatamente dopo la guarigione o per l'intervenuto accertamento della positività al virus. Si tratta, di fatto, di un'estensione del concetto di inabilità temporanea, che viene riconosciuta non per un impedimento al lavoro derivante da stati patologici veri e propri, ma più propriamente per ragioni di natura precauzionale, ossia allo scopo di prevenire la diffusione del contagio.

#### 4. Il sistema di finanziamento e l'irrelevanza del danno da Covid-19 sul tasso specifico aziendale

Anche il sistema di finanziamento dell'Inail è certamente condizionato dall'attenzione alla centralità del lavoratore.

In particolare, come noto, il costo della tutela è sovvenzionato grazie al versamento dei contributi, normalmente a carico dei datori di lavoro (art. 27, comma 1, t.u.), i quali sono così chiamati a collaborare con l'Istituto al fine di garantire una copertura ai propri dipendenti in caso di infortuni e di tecnopatie.

Lo strumento che viene utilizzato per definire il tasso da applicare alle lavorazioni è quello delle Tariffe dei premi (art. 40 t.u.), che vengono rapportate soprattutto alla pericolosità delle attività produttive. Dopo aver individuato il tasso medio, anche in base alla gestione cui la ditta appartiene (industria, artigianato, terziario e altre attività) e alla voce di tariffa relativa alla lavorazione che svolge, lo stesso è poi soggetto, a sua volta, ad aumenti e riduzioni (oscillazioni), che consentono di adeguarlo alla peculiarità della ditta stessa e di trovare così il tasso specifico da applicare (artt. 19-24 d.m. 27 febbraio 2019). Proprio la possibilità di rapportare il tasso specifico agli interventi di prevenzione eventualmente effettuati dalle aziende o all'andamento infortunistico aziendale (*bonus-malus*) consente appunto un'attenzione alla tutela del lavoro.

Questa considerazione riservata dal sistema contributivo Inail all'interesse del lavoratore e, quindi, all'attività di prevenzione svolta dal datore di lavoro, trova ulteriore conforto nel d.m. del 27 febbraio 2019 (contenente l'approvazione delle nuove tariffe dei premi e relative modalità di applicazione), con il quale si è voluto attenuare il condizionamento della quantificazione dei contributi ai costi economici degli eventi protetti, attribuendo maggiore rilevanza alla gravità delle loro conseguenze per il lavoratore e al comportamento tenuto dal datore di lavoro. In effetti, ad esempio, il nuovo criterio di calcolo prende in considerazione anche gli infortuni mortali senza superstiti e gli eventi lesivi per i quali sia accertata la responsabilità del datore di lavoro, perfino quando l'Inail abbia poi recuperato le spese sostenute con l'azione di regresso (ipotesi entrambe in cui il costo economico dell'evento potrebbe appunto essere minimo o inesistente); inoltre, rimangono ininfluenti ai fini dell'oscillazione del tasso, non solo gli infortuni *in itinere* (come avveniva anche in base alla precedente tariffa), ma tutti gli infortuni derivanti da responsabilità di terzi e, quindi, tutti gli infortuni indipendenti dall'attività imprenditoriale<sup>23</sup>.

Seguendo questi principi, considerato che il rischio di contagio da Covid-19, fatte salve alcune specifiche attività lavorative (come ad esempio quelle che si

<sup>23</sup> Gli eventi collegati all'attività imprenditoriale restano rilevanti anche in assenza di colpa da parte del datore di lavoro e degli altri soggetti che cui sia riferibile il debito di sicurezza, perché altrimenti si arriverebbe all'abbandono del criterio comunque del rapporto tra contributi e costi, che rimane invece comunque preponderante.

svolgono nei servizi sanitari ed ospedalieri), non può essere considerato un rischio specifico dell'organizzazione aziendale<sup>24</sup>, il legislatore ha disposto che l'indennizzo del conseguente danno non sia computato ai fini della determinazione dell'oscillazione del tasso medio per andamento infortunistico (v. ultima parte del secondo comma dell'art. 42 del decreto «Cura Italia»).

## 5. La funzione monitoria dell'azione di regresso e il limite di responsabilità del datore di lavoro per il danno da Covid-19

Le stesse azioni di rivalsa dell'Inail possono essere lette alla luce del principio di ampia protezione del lavoratore, che regola appunto il sistema.

Infatti, le azioni di surroga e regresso consentono all'Ente di recuperare una parte dei costi sostenuti per gli infortuni, naturalmente a vantaggio di una migliore tutela degli assistiti, senza che venga sacrificato il diritto dei lavoratori all'integrale ristoro del danno<sup>25</sup>.

Per quanto riguarda il regresso in particolare, allo stesso viene da sempre riconosciuta un'importante funzione monitoria, alla quale appare correlato anche il terzo comma dell'art. 11 del t.u., inserito dall'art. 1, comma 1126, lettera g), della legge di bilancio 2019, che prevede un ampio (forse eccessivo) potere del giudice nella liquidazione dell'importo dovuto all'Inail da parte del datore di lavoro, che si sia adoperato, prima o dopo l'evento dannoso, per adottare misure di prevenzione; infatti, nella nuova norma si legge che «il giudice può procedere alla riduzione della somma tenendo conto della condotta precedente e successiva al verificarsi dell'evento lesivo e dell'adozione di efficaci misure per il miglioramento dei livelli di salute e sicurezza sul lavoro» e può anche definire le modalità di esecuzione dell'obbligazione «tenendo conto del rapporto tra la somma dovuta e le risorse economiche del responsabile». Si tratta di un beneficio per il datore di lavoro<sup>26</sup>, sicuramente diretto a premiare comportamenti virtuosi (configurabili come una sorta di ravvedimento operoso), con chiare finalità di prevenzione, analogo al vantaggio della riduzione del tasso specifico aziendale previsto per le imprese che agiscono, appunto, per migliorare i livelli di salute e sicurezza sul lavoro.

Considerata la funzione monitoria dell'azione di regresso, appare corretto evitare che il datore di lavoro risponda di un rischio di cui non è responsabile, di un

<sup>24</sup> Sulla tematica cfr. P. PASCUCCI, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra «raccomandazioni» e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?*, in *Dir. sic. lav.*, 2020, II, 98 ss. V. pure D. CALAFIORE, *La sicurezza nei luoghi di lavoro tra disciplina dell'emergenza da Covid 19 e disciplina ordinaria*, in *Giustizia Civile.com*.

<sup>25</sup> Cfr. C. Cost. 6 giugno 1989, n. 319, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1989, II, 83 ss.; C. Cost. 18 luglio 1991, n. 356 in *Foro it.*, 1992, I, 2340 ss.; C. Cost. 27 dicembre 1991, n. 485, in *Giur. it.* 1994, I, 162, ss. V. pure art. 142, ultimo comma, d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, Codice delle assicurazioni private.

<sup>26</sup> Cfr., in tal senso, S. GIUBBONI - A. CIRIELLO, *Il risarcimento del danno differenziale derivante da infortunio sul lavoro dopo la legge n. 145 del 2018*, in *Giustizia Civile.com*, 16 maggio 2019.

pericolo che egli non provoca ma subisce, com'è appunto quello del contagio da Coronavirus. In quest'ottica va allora letto l'art. 29 *bis* del decreto «Liquidità» (d.l. 23/2020 introdotto con la l. 40/2020), con il quale si è voluta limitare la responsabilità civile per i danni derivanti ai dipendenti dall'eventuale contagio da Covid-19. Mentre l'art. 2087 c.c., norma di chiusura del sistema antinfortunistico, avrebbe potuto comportare, di per sé, anche il dovere di chiudere l'azienda come forma di estrema cautela, l'art. 29 *bis* ha invece voluto chiarire che per l'adempimento dell'obbligo di sicurezza si rimanda all'applicazione, all'adozione e al mantenimento «delle prescrizioni contenute nel protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro, sottoscritto il 24 aprile 2020 tra il Governo e le parti sociali, e successive modificazioni e integrazioni, e negli altri protocolli e linee guida di cui all'art. 1, comma 14, del d.l. 16 maggio 2020 n. 33»; precisando altresì che «qualora non trovino applicazione le predette prescrizioni, rilevano le misure contenute nei protocolli o accordi di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale».

Con questa norma si è quindi anche chiarito quali sono le misure di sicurezza che debbono essere rispettate e, quindi, qual è il limite di applicabilità dell'art. 2087 c.c. e il «rischio consentito»<sup>27</sup> in rapporto ai caratteri dell'infezione; in altre parole, l'art. 29 *bis*, richiamando l'art. 2087 c.c., serve a determinare quali siano le misure idonee per il contenimento e la protezione contro il virus e, quindi, a delimitare la condotta che si può esigere dal datore di lavoro in un certo momento storico.

## RIASSUNTO

Al centro del sistema di tutela Inail deve essere posto il lavoratore, con la conseguenza che, anche nel quadro di protezione del danno da Covid-19, mal si conciliano con l'assetto normativo fondamentale alcune persistenti limitazioni soggettive e oggettive della garanzia, la concezione dei contributi come premi correlati esclusivamente ai costi e ai rischi dell'attività, l'interpretazione delle azioni di rivalsa condizionata dal principio dell'esonero e da una logica strettamente economicistica; anzi, proprio la pandemia finisce per rappresentare un importante banco di prova della tenuta costituzionale dell'impianto di garanzia degli infortuni sul lavoro.

<sup>27</sup> V. F. CAMPAGNA, *La responsabilità penale da "contagio" sui luoghi di lavoro*, in *Il giuslavorista*, 8 giugno 2020. Cfr. altresì M. RUSSO, *L'art. 2087 c.c. al tempo del Covid-19*, in *LLI (Labour & Law Issues)*, 2020, vol. 6, n. 1, 34 ss.

## SUMMARY

The worker is placed at the center of Inail's care system, with the consequence that, even in case of COVID-19 related accidents, some persistent subjective and objective limitations of the guarantee are not reconciled with the fundamental regulatory framework, the idea of contributions as premiums related exclusively to business costs and risks, the interpretation of the recourse actions conditioned by the principle of exemption and by a strictly economic logic; on the contrary, the pandemic ends up representing an important test of the constitutional stability of the workplace accidents insurance system.



# LA PREVIDENZA SOCIALE STRUMENTO DI PREVENZIONE DEGLI INFORTUNI SUL LAVORO

DOMENICO DELLA PORTA\*

## *SOMMARIO*

1. Rivedere i lavori gravosi e usuranti. - 2. Valutare anche i rischi organizzativi-sociali ed ergonomici. - 3. L'utilità del sistema informativo nazionale della prevenzione (SINP).

### **1. Rivedere i lavori gravosi e usuranti**

L'estensione a tutti i lavoratori esposti a particolari rischi dell'Ape sociale rivisitata recupera tutte le situazioni di fragilità del mondo occupazionale fino adesso non considerate dal nostro sistema previdenziale, riconoscendo a quest'ultimo una funzione di prevenzione di infortuni sul lavoro e malattie professionali.

Alla base di questa intuizione c'è la considerazione che nel corso della emergenza Covid-19, si è pervenuti, proprio con gli strumenti previdenziali/assistenziali, a un'attenzione volta a tutelare il lavoratore per la perdita dell'integrità fisica, ritenendo tali attività assimilabili a un lavoro gravoso.

Vale la pena ricordare quanto il Ministero della salute ha precisato nella circolare n.13 del 4 settembre 2020: "Il concetto di fragilità va dunque individuato in quelle condizioni dello stato di salute del lavoratore/lavoratrice rispetto alle patologie preesistenti che potrebbero determinare, in caso di infezione, un esito più grave o infausto e può evolversi sulla base di nuove conoscenze scientifiche, sia di tipo epidemiologico sia di tipo clinico".

E ancora. I lavoratori in età avanzata, con più di 55 anni, non sono automaticamente dei lavoratori fragili, in quanto il fattore anagrafico, da solo, non è causa di una maggiore vulnerabilità: determinante, invece, è la presenza di 'comorbilità', ovvero di più patologie, che "possono integrare una condizione di maggiore rischio".

\* Docente straordinario di Medicina del lavoro, Università telematica internazionale Uninettuno, Roma. Presidente dell'Osservatorio sulle malattie occupazionali e ambientali, Università degli studi di Salerno.

Solo a fine gennaio scorso, purtroppo, sono iniziate le operazioni di studio sulla questione della gravosità del lavoro della commissione specializzata, istituita dalla legge di bilancio 2018 e regolata dal d.p.c.m. del 26 aprile 2018, i cui lavori dovranno concludersi entro il 31 dicembre 2021.

A questo punto, partendo anche dai presupposti sopra indicati, il compito del nuovo organismo, sicuramente importante in questo particolare periodo emergenziale, è quello di valutare le condizioni occupazionali di alcune professioni e/o attività lavorative per, eventualmente, estendere i benefici in materia di pensione anticipata previsti per le mansioni gravose, tra le quali l'Ape sociale, che sicuramente contribuiscono a esacerbare e peggiorare gli eventuali stati di fragilità.

A oggi la lista dei lavori gravosi che permettono di accedere all'anticipo pensionistico è passata da 11 a 15, ma dovranno comunque rispettare alcuni requisiti. Per accedere a questa agevolazione, che non prevede l'adeguamento dei requisiti pensionistici con le aspettative di vita, come previsto dalla legge Fornero, il lavoratore dovrà dimostrare di aver svolto l'attività definita 'gravosa' per almeno 6 degli ultimi 7 anni, oppure - dal 1° gennaio 2018 - per almeno 7 anni degli ultimi 10. Dal 1° gennaio 2021 sono 15 le mansioni gravose riconosciute dallo Stato che permettono di accedere all'anticipo pensionistico. Per riconoscerle, inoltre, si è soliti raggrupparle entro 4 macro aree: 1) lavoratori impegnati in mansioni particolarmente usuranti (art. 2 del decreto del Ministero del lavoro del 19 maggio 1999). Rientrano in questa categoria i soggetti che hanno svolto lavori in galleria, cava o miniera, lavori ad alte temperature, lavori in cassoni ad aria compressa; ma anche le attività per l'asportazione dell'amianto, le attività di lavorazione del vetro cavo, i lavori svolti dai palombari, i lavori espletati in spazi ristretti; 2) lavoratori notturni - secondo la ripartizione del d.lgs. 67/11 - cioè gli individui che prestano lavoro per almeno 78 giorni all'anno per un minimo di 6 ore a notte, oppure per coloro che prestano attività notturna nella fascia compresa tra la mezzanotte e le cinque del mattino (almeno 3 ore) per una durata pari all'intero anno lavorativo; 3) lavoratori addetti alla linea di catena, ovvero i lavoratori alle dipendenze di imprese per le quali operano all'interno di un processo produttivo in serie con ritmi determinati dai tempi di produzione e mansioni organizzate sequenzialmente; 4) i conducenti di veicoli adibiti al trasporto pubblico, con capienza non inferiore ai 9 posti.

A queste occorre aggiungere una serie di lavori usuranti inseriti nella Gazzetta ufficiale del 2018 per i quali si applicano i medesimi trattamenti pensionistici: operai dell'agricoltura, della zootecnica e della pesca; pescatori della pesca costiera, in acque interne, in alto mare, dipendenti o soci di cooperative; marittimi imbarcati a bordo e personale viaggiante dei trasporti marini ed acque interne; operai siderurgici di prima e seconda fusione e lavoratori del vetro addetti ai lavori ad alte temperature.

Per quanto riguarda, invece, le professioni sanitarie saranno inclusi nei lavoratori gravosi soltanto gli infermieri e le ostetriche che lavorano a turni, gli addetti

all'assistenza di persone in condizioni di non autosufficienza, chi assiste - presso un'istituzione o in ambito privato - una persona anziana, malata, disabile o con problemi affettivi, aiutandola a svolgere le normali attività quotidiane. Per tutte le altre 17 professioni sanitarie mancano indicazioni a riguardo.

Gli insegnanti della scuola dell'infanzia o asilo nido potranno richiedere il pensionamento anticipato nel caso di lavoro nell'ormai sistema integrato 0-6, progettando e realizzando le attività didattiche dei bambini in età prescolare.

Per i facchini, addetti allo spostamento merci e assimilati, invece, le mansioni richieste sono il carico e scarico di merci all'interno di aeroporti, stazioni ferroviarie, porti, imprese, alberghi.

Nella definizione di personale non qualificato addetto ai servizi di pulizia rientrano coloro che mantengono puliti ambienti come: imprese, organizzazioni, enti pubblici, esercizi commerciali, ambienti dei servizi di alloggio (come hotel) e delle navi. Gli operatori ecologici e altri raccoglitori e separatori di rifiuti devono invece aver svolto queste mansioni: raccolta rifiuti nelle strade e in altri luoghi come edifici pubblici e industrie; guida di mezzi di trasporto dei rifiuti verso i luoghi di smaltimento.

## 2. Valutare anche i rischi organizzativo-sociali ed ergonomici

Occorre tener presente, a questo punto, che il riconoscimento di un danno conseguente a una determinata attività lavorativa avviene anche attraverso la funzione della sorveglianza sanitaria svolta dal medico competente ed è indipendente dall'elenco in cui è inclusa la medesima attività lavorativa.

Ecco perché è opportuno considerare anche le caratteristiche fisiche e psicologiche del prestatore d'opera, senza tralasciare il fattore età, come indicato in un documento elaborato dall'Organizzazione internazionale del lavoro nel 1979 "I lavoratori più anziani: lavoro e pensionamento".

Alla luce della normativa vigente in materia di tutela della salute e sicurezza del lavoro, non è affatto facile stabilire se un lavoro non rientrante tra gli elenchi di cui sopra non produca danni simili a quelli dovuti ad attività riconosciute gravose o usuranti. Innanzitutto va considerato il rischio organizzazione del lavoro. In esso sono compresi fattori condizionati dai processi di lavoro quali lavoro in turni, lavoro in continuo, lavoro notturno, sistemi efficaci di gestione e accordi per la pianificazione, il monitoraggio e il controllo degli aspetti attinenti alla salute e alla sicurezza, la manutenzione degli impianti, comprese le attrezzature di sicurezza, gli accordi adeguati per far fronte agli incidenti e alle situazioni di emergenza. Tutte queste situazioni se non analizzate con attenzione possono creare una condizione lavorativa responsabile di una serie di disturbi (ad esempio sindromi gastroenteriche, o sindromi ansioso-depressive).

Un altro aspetto dell'organizzazione del lavoro è quello relativo alla gestione dei

rapporti interpersonali e gerarchici, la cui mancata soluzione può essere causa oltre che di sindromi da disadattamento con somatizzazioni a livello di diversi organi e apparati, anche del fenomeno dell'assenteismo.

Ancora, una erronea organizzazione del lavoro può determinare esposizioni professionali nocive agli agenti più diversi: basti pensare all'inosservanza delle norme che regolano l'utilizzo di particolari materie prime che potrebbero diffondersi nell'ambiente. L'inedoneo o semplicemente il prolungato uso di attrezzi, macchinari o mezzi ausiliari allo svolgimento delle mansioni costituisce, poi, un altro elemento su cui l'organizzazione del lavoro deve intervenire per evitare che divenga fonte di rischio.

L'assenza di corrette prescrizioni organizzative che possono, ad esempio, avere contenuto sia di tipo semplicemente tecnico che ergonomico e igienistico, può essere causa di nocività. Si deve però tener presente che ciò può non essere dovuto a negligenza o impreparazione, ma alla reale mancanza di adeguate conoscenze che potranno essere acquisite in futuro anche sulla base di esperienze precedenti. La normativa vigente mira a un giudizio di idoneità specifica alla mansione lavorativa, vale a dire finalizzato all'entità e alle modalità di un determinato lavoro: un individuo è idoneo a quel lavoro quando è in grado di eseguirlo con sufficiente rendimento senza fenomeni di fatica, anzi con rapida capacità di ristoro, cioè di ritorno alle sue condizioni di riposo.

Un lavoratore può essere idoneo a un tipo di lavoro e non a un altro, anche di pari gravosità, ma in differenti condizioni, per esempio ambientali. In realtà la idoneità non è toti- o polivalente, ma monovalente, ossia si riferisce alle singole particolari attività.

Le condizioni fisiche o psicologiche di idoneità di un soggetto esprimono un concetto qualitativo in rapporto alla capacità di adattamento dei singoli apparati organici dell'individuo per un determinato periodo di tempo a un lavoro la cui entità e gravosità devono essere correlate alla capacità lavorativa. Dal momento che per la esecuzione di varie prestazioni possono essere richieste in vario grado la forza muscolare, l'abilità o destrezza, la resistenza, il possesso di un equilibrio mentale ed emotivo, e la propensione alla formazione, si ritiene che anche altre attività lavorative non comprese negli elenchi potrebbero essere riconosciute gravose e/o usuranti.

### **3. L'utilità del sistema informativo nazionale della prevenzione (SINP)**

Cosa fare? Dare tempestivamente piena funzionalità e attivazione al SINP per realizzare puntuali quadri di esposizione al rischio, come peraltro già indicato dall'art. 8 del d.lgs. 81/08, (che prevede proprio l'istituzione del SINP, sistema informativo nazionale della prevenzione) a fini prevenzionali in termini di politiche attive a sostegno delle imprese e dei lavoratori, e a quelli previdenziali in

relazione alla flessibilità in uscita dal lavoro, oltre che per il Covid, anche per altri tipi di esposizioni, che generano malattie gravi e che meriterebbero tutele rafforzate, si pensi all'uso di determinate sostanze cancerogene.

A 13 anni di distanza il SINP, inteso come flusso dinamico e interattivo di dati afferenti da più soggetti, non è ancora concretamente decollato. I dati oggi a disposizione - comunque preziosi -, consistenti essenzialmente nei 'flussi informativi', sono un indicatore efficace per alcune categorie, inadeguato per altre; sono rappresentativi delle realtà produttive più strutturate, meno ad esempio per agricoltura, microimprese e imprese individuali, dove il fenomeno infortunistico è più grave. I dati dei flussi informativi non permettono, inoltre, ad oggi, un puntuale monitoraggio delle dinamiche di infortunio, essenziale per valutare l'efficacia degli interventi di contrasto, almeno rispetto agli eventi più gravi, frequenti e facilmente prevenibili.

Occorrerebbe invece monitorare i risultati degli interventi per valutarne l'efficacia, disponendo di strumenti di rilevazione più diretta del rischio e dei flussi informativi in grado di analizzare tempestivamente i risultati.

Molti dei dati necessari per il SINP, ai fini del coordinamento degli interventi di prevenzione tra i diversi enti coinvolti, sono presenti negli archivi dell'Inps, peraltro escluso dalla costruzione dello stesso SINP (anagrafi aziendali e ore lavorate, storie professionali dei singoli lavoratori), delle strutture del SSN (ad esempio apertura cantieri, siti contaminati da amianto e non, SDO da incrociare con le storie lavorative, risultati dei controlli), in altri ministeri (banca dati AGEA su agricoltura, registro delle segnalazioni di macchine non conformi ai R.E.S., ...). È essenziale perciò l'integrazione di nuove informazioni, in via prioritaria quelle sulla conoscenza del vero denominatore (anagrafe lavoratori, anagrafe aziende, retribuzioni, contratti di lavoro, CIG), ma anche sulle storie lavorative di lavoratori affetti da malattie sospette professionali individuate da altri sistemi informativi (OCCAM) e sui danni occorsi a lavoratori autonomi (partite Iva), attingendo appunto alle banche dati Inps.

Ma anche i ministeri, e in particolare quello della salute, devono rendere disponibili alcuni dati in loro possesso (ad esempio, SDO, banca dati AGEA su agricoltura, registro delle segnalazioni di macchine non conformi ai R.E.S.) che, incrociati con altri, possono arricchire le informazioni utili per la programmazione di interventi di prevenzione.

In questa ottica, la riforma della previdenza va dunque concepita in una logica nuova e non più separata dalla definizione di uno standard di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, resa ancora più evidente dall'attuale pandemia. L'obiettivo, quindi, non è quello di produrre un aggiustamento, al costo più basso possibile, delle storture dell'attuale modello previdenziale, ma di proporre la riscrittura del profilo delle tutele sociali del nostro Paese in grado di prevenire anche le situazioni di emergenza come l'attuale, mettendo al riparo soprattutto i soggetti che si sono rivelati più fragili.

## RIASSUNTO

Attraverso la revisione della lista delle malattie gravose e usuranti, che consentono di accedere all'anticipazione della pensione (Ape sociale), si ha la possibilità di ridurre i rischi lavorativi dei prestatori d'opera che svolgono una mansione particolarmente impegnativa sia dal punto di vista fisico sia dal punto di vista sociale, effettuando una concreta azione preventiva degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali. Questo compito è stato assegnato a una commissione tecnica operante presso il Ministero del lavoro, che esamina le caratteristiche delle attività lavorative rapportandole anche all'età dei lavoratori. Occorre avviare una valutazione del rischio lavorativo più approfondito, che comprenda anche il fattore organizzativo sociale ed ergonomico, senza tralasciare la sorveglianza sanitaria. Per favorire tale analisi andrebbe sollecitato e sostenuto il decollo concreto e reale del SINP, Servizio informativo nazionale della prevenzione, istituito dall'art. 8 del d.lgs. 81/08.

## SUMMARY

Through the revision of the list of hazardous and arduous jobs, which allow access to the pension advance (Ape sociale), it is possible to reduce the labour risks of workers who perform a particularly demanding job both from a physical point of view and from a social point of view, by carrying out a concrete preventive action against accidents at work and occupational diseases. This task was assigned to a technical commission operating at the Ministry of labour, which examines the characteristics of the work activities, also relating them to the age of the workers. An assessment of the occupational risk must be launched in greater depth, which also includes the social and ergonomic organizational factor, without neglecting health surveillance. The concrete and real take-off of the SINP (Servizio informativo nazionale della prevenzione, established by art. 8 of d.lgs. 81/08) should be solicited and supported owing to facilitate this analysis.

# RISCHIO SILICE. LA VALUTAZIONE DELLA 'SIZE-WEIGHTED FINE FRACTION' NEI MATERIALI MASSIVI SECONDO EN 17289 E LA DIRETTIVA UE 2017/2398

C. CORREZZOLA\*, C. BUFFA\*\*, A. PICCIONI\*\*, F. BENEDETTI\*\*\*

## SOMMARIO

1. Lo standard EN 17289 e la valutazione del rischio silice. - **1.1.** Origine dello standard EN 17289. - **1.2.** Perché vi è interesse nella silice cristallina aerodispersa. - **1.3.** Neoplasie e accertamento del rischio cancerogeno. - **1.4.** L'esperienza del premio supplementare Inail contro il rischio di silicosi e asbestosi. - **2.** Conclusioni.

## 1. Lo standard EN 17289 e la valutazione del rischio silice

### 1.1 Origine dello standard EN 17289

La commissione CEN TC137 "Assessment of workplace exposure to chemical and biological agents" ha pubblicato, il 23 dicembre 2020, i tre standard relativi ai metodi per la determinazione della *size weighted fine fraction* (SWFF) nei materiali massivi:

- CEN/TC 137 EN 17289-1:2020 *Characterization of bulk materials - Determination of a size-weighted fine fraction and crystalline silica content - Part 1: General information and choice of test methods.*
- CEN/TC 137 EN 17289-2:2020 *Characterization of bulk materials - Determination of a size-weighted fine fraction and crystalline silica content - Part 2: Calculation method.*
- CEN/TC 137 EN 17289-3:2020 *Characterization of bulk materials - Determination of a size-weighted fine fraction and crystalline silica content - Part 3: Sedimentation method.*

\* Inail, Direzione Provinciale di Bolzano Contarp.

\*\* Inail, Direzione Provinciale di Trento Contarp.

\*\*\* Inail, Direzione Generale Contarp Centrale.

In origine è stato sviluppato dall'industria dei produttori di minerali un metodo per determinare la SWFF all'interno dei materiali massivi, il quale successivamente, con modifiche, è stato proposto alla commissione CEN TC 137 e in particolare al gruppo di lavoro WG3, *Particulate matter*.

Il metodo, identificato dall'industria dei produttori di minerali con l'acronimo SWeRF, era utilizzato per fornire ai produttori e agli utilizzatori informazioni che fossero utili e per comparare i materiali massivi (prodotti industriali) tra loro. La commissione CEN TC137 non si occupa direttamente della sicurezza dei prodotti industriali tuttavia ha deciso, in assemblea plenaria nel 2017, di incaricare il WG3 di sviluppare lo standard come PWI 00137063SWeRF diventato poi EN 17289 (1-3). Lo standard trae origine dal metodo industriale e specifica anche il metodo analitico per determinare la differenza dei materiali con grana di quarzo grossolana e fine.

Lo standard EN 17289:2020 specifica 2 procedure che possono essere utilizzate per stimare la SWFF nei materiali massivi, espressa come massa percentuale rispetto al campione. Va sottolineato che la SWFF differisce dalle frazioni di polvere aerodispersa come definite dalla norma EN 481:1993.

Il metodo specifica anche come si possa analizzare il contenuto di silice cristallina (CS) nella frazione SWFF che viene pertanto chiamata in tal caso SWFFCS. Per determinare la SWFFCS la frazione SWFF viene separata dal massivo e poi analizzata con uno dei metodi usualmente previsti per l'analisi del quarzo, ad esempio quelli conformi agli standard:

- ISO 24095:2009 *Workplace air - Guidance for the measurement of respirable crystalline silica*;
- ISO 16258-2:2015 *Workplace air - Analysis of respirable crystalline silica by X-ray diffraction - Part 2: Method by indirect analysis*;
- ISO 16258-1:2015 *Workplace air - Analysis of respirable crystalline silica by X-ray diffraction - Part 1: Direct-on-filter method*;
- ISO 19087:2018 *Workplace air - Analysis of respirable crystalline silica by Fourier-Transform Infrared spectroscopy*.

## ***1.2 Perché vi è interesse nella silice cristallina aerodispersa***

Va ricordato che lo standard EN 17289:2020 (parti 1-3) è un metodo sviluppato in origine dall'industria dei produttori dei minerali per la valutazione dei prodotti e la loro comparazione, e non per la valutazione del rischio in igiene industriale. È ragionevole supporre che materiali che contengono potenzialmente una minore frazione di silice nella SWFF siano intrinsecamente meno pericolosi, anche sotto il punto di vista della sicurezza dei lavoratori. Lo standard EN 17289:2020, nella sua introduzione, specifica esplicitamente questi concetti.

Comparando materiali massivi simili, ovvero che si differenziano solo per la *particle size distribution* e non anche per la composizione, quello che presenta una SWFF minore comporta un minor rischio anche in termini di esposizione occupazionale. Tuttavia nell'introduzione è specificato che le concentrazioni di polvere respirabile nei luoghi di lavoro, o di silice cristallina respirabile (RCS) aerodispersa, sono conseguenti alle lavorazioni e manipolazioni eseguite sui materiali massivi, che dipendono da un gran varietà di fattori e non possono essere stimate usando i valori di SWFF e SWFFCS dei prodotti di partenza, questi non possono quindi avere una relazione diretta con l'esposizione professionale degli operatori. Lo standard EN 17289:2020 parti 1-3, è stato redatto all'interno della commissione CEN TC137 (che si occupa di rischio chimico e biologico nei luoghi di lavoro) solo come *one time exception* decisa in sessione plenaria nel 2017 in quanto la suddetta commissione, ed in particolare il gruppo WG3, avevano al loro interno l'expertise necessaria per rispondere all'esigenza manifestata dai produttori di minerali di avere uno standard per comparare i materiali massivi con riferimento alla loro SWFF ed alla percentuale di silice cristallina in essa contenuta. Quindi uno standard adatto per la valutazione di prodotti, ma non per la stima dell'esposizione occupazionale, non può sostituire, per espressa indicazione della CEN TC137, i metodi già adottati nella valutazione dell'esposizione occupazionale a silice cristallina respirabile aerodispersa negli ambienti di lavoro.

Questo è un punto molto importante in quanto la direttiva UE 2017/2398 del 12.12.2017, confermata dalla direttiva UE 2019/130, ha aggiornato i valori limite di esposizione occupazionale di cui alla direttiva 2004/37/CE per la silice cristallina frazione respirabile, indicando quale valore da non superare mai il dato di  $0,1 \text{ mg/m}^3$  di silice cristallina respirabile (quarzo). Detta direttiva è quella cui far riferimento per le prescrizioni di cui al d.lgs. 81/2008 e s.m.i. per cui si tratta di un obbligo di legge per la valutazione dei rischi nei luoghi di lavoro.

Come ricordato sopra, la valutazione dello SWFFCS secondo lo standard EN 17289:2020 (1-3) non è equivalente alla valutazione dell'esposizione dei lavoratori richiesta dal d.lgs. 81/2008. Tra l'altro è anche diversa e complementare alla valutazione della *dustiness* effettuata secondo lo standard EN 15051:2013 (1-3). La differenza tra i due metodi è che lo SWFF quantifica la frazione fine di un materiale massivo tal quale mentre la *dustiness* quantifica la polvere nelle frazioni aerodisperse (respirabile toracica e inalabile, così come definite dalla EN 481:1993) dopo che il materiale è stato manipolato o lavorato secondo specifiche attività.

Anche se lo standard EN 17289:2020 (1-3) non fa alcuna raccomandazione al riguardo è evidente, per l'origine dello standard e per il fatto di valutare il materiale ante manipolazione, che esso permette ai produttori di minerali di valutare la 'potenziale pericolosità' di un materiale che contiene quarzo (frazione fine SWFF in esso contenuta). Questo tipo di valutazione è molto affine a quella che compete al produttore prevista dal regolamento europeo CE 1272/2008, noto

come regolamento CLP (*Classification, Labelling and Packaging* - Classificazione, Etichettatura, Imballaggio) per i prodotti chimici. Secondo quanto riportato dall'Agenzia europea per le sostanze chimiche (ECHA) "...il regolamento CLP è giuridicamente vincolante in tutti gli Stati membri e direttamente applicabile a tutti i settori industriali. Esso impone ai fabbricanti, agli importatori o agli utilizzatori a valle di sostanze o di miscele di classificare, etichettare e imballare le sostanze chimiche pericolose in modo adeguato prima dell'immissione sul mercato". Più in particolare, una miscela o una sostanza che contenga più dello 0.1% di una sostanza cancerogena va classificata come cancerogeno per il CLP ed etichettata di conseguenza.

La silice libera cristallina (quarzo) aerodispersa nei luoghi di lavoro, frazione respirabile secondo la EN 481:1993, è stata considerata un cancerogeno dalla direttiva UE 2017/2398, che ne ha indicato anche il valore limite di esposizione, aggiornando la direttiva 2004/37/CE. La valutazione dei rischi e l'etichettatura secondo il regolamento CE 1272/2008 (CLP) sono compiti del produttore, o distributore secondo le circostanze (si tratta comunque di autoclassificazione; si veda a questo proposito la *'Introductory Guidance on the CLP Regulation'* nella versione di gennaio 2019, pubblicata da ECHA). A rimarcare le differenze tra la direttiva 2017/2398, che pone dei limiti di esposizione per i lavoratori, e l'etichettatura secondo il regolamento CE 1272/2008 (CLP), è la direttiva stessa, che nei 'considerando', al punto 18 riporta: "*Vi sono prove sufficienti della cancerogenicità della polvere di silice cristallina respirabile. In base alle informazioni disponibili, compresi i dati scientifici e tecnici, è opportuno stabilire un valore limite per la polvere di silice cristallina respirabile. La polvere di silice cristallina respirabile generata da un procedimento di lavorazione non è soggetta a classificazione a norma del regolamento (CE) n. 1272/2008*".

L'utilità di un metodo per valutare la frazione fine di una sostanza massiva (SWFF) e del suo contenuto percentuale in silice libera cristallina, potenzialmente aerodispersa e respirabile (SWFFCS), in questo processo di etichettatura emerge evidente. Vanno tuttavia rimarcate le differenze tra la SWFF, sia nei confronti della *dustiness* di cui alla EN 15051:2013 sia nei confronti della frazione respirabile di cui alla EN 481:1993 (cui fa riferimento la direttiva UE 2017/2398). Pertanto, le valutazioni della SWFFCS di cui allo standard EN 17289:2020 (1-3) non possono sostituire la valutazione dell'esposizione dei lavoratori al rischio da silice libera cristallina nei luoghi di lavoro effettuata ai sensi del d.lgs. 81/2008.

La direttiva UE 2017/2398, nel dare un limite di esposizione di 0,1 mg/m<sup>3</sup> per la polvere di silice cristallina respirabile, tratta in ogni caso la silice cristallina come un cancerogeno. La presenza di materiali etichettati come cancerogeni impone al datore di lavoro di effettuare la valutazione di cui al titolo IX, capo II, del d.lgs. 81/2008, con conseguente sorveglianza sanitaria e registro degli esposti. Risulta evidente l'importanza dell'etichettatura e dello standard EN

17289:2020 (1-3) qualora esso fosse scelto quale criterio dal produttore di minerali per l'etichettatura dei propri prodotti. A questo proposito, si osserva che la valutazione dello SWFFCS riguarda il materiale massivo prima che lo stesso entri nel ciclo di lavoro dell'azienda e che una valutazione della frazione respirabile e del suo contenuto in quarzo, in conseguenza del ciclo di lavoro, può essere ottenuta solo tramite misure strumentali.

### *1.3 Neoplasie e accertamento del rischio cancerogeno*

Come ricordato al paragrafo precedente, la direttiva UE 2017/2398 ha spinto le aziende a una maggior attenzione e cautela nell'utilizzo di agenti chimici cancerogeni. In Italia, ogni anno si registrano circa 260.000 casi di tumori, per converso il numero di denunce che attualmente perviene all'Inail si attesta sui 3.000 casi l'anno, meno della metà delle quali vengono definite positivamente.

In pratica, per circa uno per cento delle malattie neoplastiche, che vengono riportate nei registri dei tumori in Italia ogni anno, viene effettuata un'analisi per escludere, o confermare, un nesso di causa con eventuali esposizioni professionali a cancerogeni che nelle neoplasie possono essere anche risalenti nel tempo, vista la latenza di queste malattie. È pertanto possibile che il fenomeno sia in realtà sottostimato, per cui vi è l'esigenza di un approfondimento della tematica e della messa a punto di strumenti in grado di consentire una migliore conoscenza dell'esposizione dei lavoratori ad agenti chimici cancerogeni.

Va sottolineato come, vista la lunga latenza delle malattie neoplastiche che generalmente si riscontra, la raccolta delle informazioni non può essere fatta a posteriori, anzi sarebbe utile acquisire preventivamente informazioni circa la reale esposizione ad agenti chimici cancerogeni (e non) dei lavoratori. Infatti, possono intercorrere anni tra l'ultima esposizione e la manifestazione della malattia, e questo comporta che vi possono essere state variazioni nei cicli produttivi e nelle tecnologie. Inoltre, la classificazione degli agenti chimici cambia nel tempo, per cui agenti chimici prima non riconosciuti cancerogeni a un certo punto possono essere riconosciuti come tali. Un esempio in Italia fu l'amianto, per anni utilizzato senza particolari limitazioni e poi riconosciuto cancerogeno ed eliminato dalle produzioni.

Quale esempio di raccolta dati di esposizione dei lavoratori ad agenti chimici e biologici, si può citare il database GESTIS ideato e gestito dall'*Institut Für Arbeitsschutz der Deutschen Gesetzlichen Unfallversicherung* (IFA) in Germania. La raccolta dati che in questo caso viene fatta nel GESTIS non è fine a se stessa, ma in effetti vuole evitare che, a seguito di nuova normativa che classifica come cancerogeni materiali prima considerati innocui (si pensi alle fibre organiche artificiali, all'ossido di titanio e di zinco nanostrutturati, ecc.), si arrivi a non

avere informazioni sulla reale esposizione dei lavoratori, costringendo a valutazioni *ex tunc* sempre molto critiche.

Questa raccolta di informazioni andrebbe fatta almeno per gli agenti chimici per i quali la direttiva UE 2017/2398 (e ulteriori direttive successive) stabilisce (stabiliranno) dei limiti di esposizione. Fra i nuovi limiti introdotti si possono segnalare agenti chimici abbastanza diffusi quali la polvere di silice cristallina aerodispersa, le polveri di legno duro, le fibre ceramiche refrattarie aerodisperse, il benzene (di cui viene ora viene valutato il contributo dato dall'esposizione cutanea). Per questi agenti chimici diventerà obbligatoria una valutazione da parte dei datori di lavoro. Lo stipulare convenzioni con soggetti esterni all'Inail per la raccolta e lo scambio di tali informazioni potrebbe risultare molto utile, soprattutto perché permetterebbe di conservare nel tempo le informazioni sui cicli produttivi anche nel caso venissero chiuse le aziende in cui sono stati raccolti.

#### *1.4 L'esperienza del premio supplementare Inail contro il rischio di silicosi e asbestosi*

Il premio supplementare contro il rischio di silicosi e asbestosi è stato introdotto con il d.p.r. 1124/1965. A tal proposito, possiamo fare un parallelo tra la silice e l'asbesto. Per entrambi gli agenti chimici esisteva il premio supplementare, ma la differenza nelle informazioni a disposizione circa le relative esposizioni dei lavoratori è palese.

La direttiva UE 2398/2017 ha introdotto per le lavorazioni utilizzando 'polvere di silice cristallina respirabile' il limite di  $0,1 \text{ mg/m}^3$  solo nel 2017, mentre l'amianto è stato normato in Italia già con l'art. 24 del d.lgs. 277/1991 che imponeva al datore di lavoro particolari obblighi per esposizioni superiori a  $0,1 \text{ ff/cc}$ .

La raccolta dati sulle esposizioni dei lavoratori alla silice libera cristallina aerodispersa ha avuto un ulteriore e forte impulso tra il 2000 e il 2019, a seguito del rafforzamento della Contarp, anche sul territorio, fatto che ha permesso una raccolta sistematica dei dati.

L'esperienza cinquantennale dell'Inail sull'esposizione dei lavoratori a silice cristallina respirabile nei cicli di produzione è stata raccolta nell'applicativo 'Banca dati esposizione silice', disponibile per l'utenza esterna sul portale istituzionale, anche se, come detto sopra, la maggior parte dei dati riguardano l'ultimo ventennio (si veda a questo riguardo il rapporto Banca dati esposizione silice 2000-2019 pubblicato di recente).

La raccolta dei dati all'epoca era motivata dall'esistenza del premio supplementare contro il rischio di silicosi. Di recente hanno ritrovato impulso la produzione e l'impiego di materiali misti quarzo-polimero (oggi di moda come materiale per la costruzione di piani cucina e altri oggetti) con conseguente esposizione di particolari categorie di lavoratori diverse da quelle tradizionalmente esposte e

pertanto l'Inail intende proseguire nelle attività di campionamento al fine esclusivamente di studio igienistico e di prevenzione da agenti cancerogeni, a cominciare dalla silice libera cristallina anche ora che il premio supplementare contro il rischio di silicosi non è più attivo.

In questo i metodi di campionamento e analisi descritti nelle norme tecniche sin qui citate costituiscono un riferimento essenziale per garantire criteri univoci in grado di assicurare l'uniformità dei dati raccolti.

## 2. Conclusioni

Nel lavoro si è descritto come la commissione CEN TC137 ha emesso nel 2020 lo standard EN 17289:2020 (parti 1-3) per la caratterizzazione dei materiali massivi in termini della loro percentuale di *size weighted fine fraction* (SWFF), percentuale di polvere fine potenzialmente aerodispersa dal materiale, e della percentuale di silice libera cristallina contenuta in essa (SWFFCS).

La SWFFCS non è concettualmente identica alla SLC respirabile definita dalla EN 481:1993, che è richiamata dalla direttiva UE 2017/2398. La SWFF è concettualmente diversa anche dalla *dustiness* definita dallo standard EN 15051:2013 (parti 1-3).

La SWFFCS è stata tuttavia utilizzata dall'industria dei produttori di minerali (sotto l'acronimo SWeRFcs, come nello standard tedesco DIN 33898:2010) per caratterizzare i materiali per il loro contenuto di silice cristallina potenzialmente aerodispersa. Questo potrebbe essere utile al produttore per la classificazione del materiale come cancerogeno o meno secondo il regolamento europeo CLP, in quanto la classificazione è compito esclusivo del produttore.

Da questa analisi si possono trarre due conclusioni:

- l'interesse per la silice libera cristallina respirabile aerodispersa nei luoghi di lavoro, un tempo oggetto della valutazione del rischio di cui al premio supplementare Inail contro il rischio di silicosi, non è venuto meno con la cessazione del vincolo del premio Inail, ma si è rinnovato a seguito dell'introduzione del regolamento europeo CE 1272/2008 (CLP) e ancora di più dei limiti di esposizione alla 'polvere di silice cristallina respirabile' stabiliti dalla direttiva UE 2017/2398 e successive;
- l'esperienza acquisita dall'Inail con il premio supplementare silicosi sull'esposizione dei lavoratori a silice cristallina respirabile, raccolta nella "Banca dati esposizione silice", rappresenta un bagaglio di conoscenze molto utile anche ai datori di lavoro che ora devono fare la valutazione dei rischi ai sensi della direttiva UE 2017/2398, anche nella prospettiva che la banca dati dovrà essere alimentata da ulteriori informazioni attraverso forme di collaborazione diverse con i soggetti pubblici e privati che operano nello specifico contesto igienistico-industriale.

## RIASSUNTO

Nel 2020, la commissione CEN TC137 ha emesso lo standard EN 17289:2020 *Characterization of bulk materials - Determination of a size-weighted fine fraction and crystalline silica content* (parti 1-3). Si tratta di un metodo voluto dall'industria dei minerali per la caratterizzazione dei prodotti (materiali massivi) in base al loro contenuto di polvere in frazione fine rilevante (SWFF) e della concentrazione di silice cristallina (CS) in questa contenuta. La SWFF non è concettualmente sovrapponibile alla EN 481:1993 ma è ad essa correlata.

È ragionevole supporre che materiali che contengono potenzialmente una minore frazione di silice nella SWFF siano intrinsecamente meno pericolosi anche sotto il punto di vista della salute dei lavoratori. Lo standard EN 17289:2020 specifica esplicitamente questi concetti. Comparando materiali massivi simili, ovvero che si differenziano solo per la *particle size distribution* e non anche per la composizione, quello che presenta una SWFF minore comporta un minor rischio anche in termini di esposizione occupazionale.

Nel testo viene anche analizzato il quadro stabilito dalla direttiva UE 2017/2398 circa i limiti di esposizione dei lavoratori ad agenti cancerogeni e al rinnovato interesse riguardo l'agente di rischio silice cristallina aerodispersa.

Viene infine proposta una ipotesi di lavoro per l'implementazione della banca dati silice Inail sull'esposizione professionale a silice cristallina respirabile.

## SUMMARY

In 2020, CEN TC137 issued the standard EN 17289:2020 "Characterization of bulk materials - Determination of a size-weighted fine fraction and crystalline silica content (parts 1-3)". This is a method Industrial Mineral Association EU asked for in order to characterize products (bulk materials) based on their size-weighted fine fraction (SWFF) and crystalline silica (CS) content. SWFF is not theoretically overlapping EN 481:1993 but is related to it.

It is reasonable to assume that materials potentially containing a lower fraction of silica in SWFF are inherently less hazardous, even from a worker safety perspective. Standard EN 17289:2020 explicitly specifies these concepts. By comparing similar bulk materials, i.e. differing only in particle size distribution and not also in composition, the one with a lower SWFF also poses a lower risk in terms of occupational exposure.

The text also discusses the framework established by the EU Directive 2017/2398 regarding occupational exposure limits of workers to carcinogens and the renewed interest regarding the risk agent airborne crystalline silica.

Finally, a working hypothesis is proposed for the implementation of the Inail silica database on occupational exposure to respirable crystalline silica.

## BIBLIOGRAFIA

T.L. OGDEN, K.T. DU CLOS: *SWeRF-A Method for Estimating the Relevant Fine Particle Fraction in Bulk Materials for Classification and Labelling Purposes*' by Pensis, Luetzenkirchen, and Friede.

*The Annals of Occupational Hygiene*, Volume 58, Issue 6, July 2014, Pages 784-787, 2014.

I. PENSIS, F. LEUTZENKIRCHEN, B. FRIEDE: *A method for estimating the relevant fine particle fraction in bulk materials for classification and labelling purposes*, Ann Occup Hyg Actions, 2014 May; 58(4):501-11.

Atti del Seminario *Patologie da silice: silicosi, cancro ed altre malattie*, 2001, Inail, Trento.

G. RIPANUCCI: *Guida metodologica per l'accertamento del rischio silicosi*, 1992, Inail, Roma.

INAIL: *Banca Dati Esposizione Silice, Rapporto 2000-2019*, 2019, Inail.

G. CASCIANI, G. RIPANUCCI, U. VERDEL: *La silice libera in natura e nei prodotti artificiali*. In *Guida al riconoscimento di alcune fonti di rischio di malattie professionali*, 1992, Inail, Roma.

*Network italiano silice (NIS): La valutazione dell'esposizione professionale a silice libera cristallina*, 2015, Inail.

## Parte II



# GIURISPRUDENZA

# GIURISPRUDENZA

**CORTE DI CASSAZIONE - SESTA SEZIONE CIVILE, I  
18 MARZO 2021 n. 7616**

*PRES. L.G. LOMBARDO - REL. G. FORTUNATO*

**Regolamento spese di lite - Poteri giudice d'appello - Riforma in tutto o in parte della sentenza impugnata - Nuovo regolamento delle spese d'ufficio - Conferma della sentenza impugnata - Modifica decisione sulle spese solo se oggetto di specifico motivo d'impugnazione.**

*“Il potere del giudice d'appello di procedere d'ufficio ad un nuovo regolamento delle spese processuali, quale conseguenza della pronuncia adottata, sussiste in caso di riforma in tutto o in parte della sentenza impugnata, in quanto il relativo onere deve essere attribuito e ripartito in relazione all'esito complessivo della lite”.*

*“In caso di conferma della decisione impugnata, la pronuncia sulle spese può essere modificata dal giudice dell'appello soltanto se il relativo capo della decisione abbia costituito oggetto di uno specifico motivo d'impugnazione”.*

## **RAGIONI IN FATTO IN DIRITTO DELLA DECISIONE**

L'avv. P.V. ha proposto ricorso monitorio dinanzi al Tribunale di Napoli, chiedendo la condanna di G.G. al pagamento di Euro 8044,89 a titolo di compensi professionali.

L'ingiunto ha proposto opposizione, contestando la domanda e chiedendone il rigetto.

Acquisita documentazione, il tribunale ha revocato il decreto ingiuntivo, condannando l'opponente al pagamento della minor somma di Euro 2889,37, oltre accessori.

Su appello dell'avv. Pecorella, la Corte distrettuale di Napoli ha parzialmente riformato la decisione, riconoscendo in favore del difensore l'ulteriore impor-

to di Euro 138,00 a titolo di spese vive e ha compensato le spese di entrambi i gradi di causa, osservando che la domanda del difensore era stata accolta solo in minima parte e che anche l'impugnazione incidentale era risultata infondata.

La cassazione della sentenza è chiesta dall'avv. P.V. con ricorso in due motivi.

G.G. non ha svolto difese.

Su proposta del relatore, secondo cui il ricorso, in quanto manifestamente fondato, poteva esser definito ai sensi dell'art. 380 *bis* c.p.c., in relazione all'art. 375 c.p.c., comma 1, n. 5, il Presidente ha fissato l'adunanza in camera di consiglio.

2. Il primo motivo denuncia la violazione dell'art. 112 c.p.c. e dell'art. 132c.p.c., comma 2, n. 4, dell'art. 111 Cost., in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3 e 4. Il giudice di merito avrebbe immotivatamente compensato le spese dei due gradi di causa, trascurando che il difensore era risultato totalmente vincitore, sia in primo grado che in appello.

Il secondo motivo denuncia la violazione degli artt. 91, 92, 112, 132 c.p.c., dell'art. 111 Cost., e vizio di motivazione ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3 e 4, sostenendo che, pur competendo al giudice di appello la regolazione delle spese di entrambi i gradi di causa qualora venga modificata la pronuncia di primo grado, non è ammessa la riforma della statuizione sulle spese adottata nel primo giudizio ove la decisione impugnata sia stata sostanzialmente confermata e se la statuizione sulle spese non sia stata appellata.

Il secondo motivo è fondato, con assorbimento della prima censura.

L'avv. P. aveva richiesto - in fase monitoria - il pagamento di Euro 8.044,89, ottenendo già in primo grado l'importo di Euro 2.889,37 oltre accessori.

Il processo di opposizione, proposto dall'ingiunto, si era concluso con il riconoscimento di complessivi Euro 3.027,37, oltre alle spese processuali.

La Corte distrettuale, accogliendo solo parzialmente l'appello del P., gli ha riconosciuto ulteriori Euro 138,00, procedendo d'ufficio a regolare nuovamente le spese del giudizio svoltosi dinanzi al tribunale.

La decisione è - sul punto- contraria all'insegnamento di questa Corte, cui va data continuità, secondo cui il potere del giudice d'appello di procedere d'ufficio ad un nuovo regolamento delle spese processuali, quale conseguenza della pronuncia adottata, sussiste in caso di riforma in tutto o in parte della sentenza impugnata, in quanto il relativo onere deve essere attribuito e ripartito in relazione all'esito complessivo della lite, laddove, in caso di conferma della decisione impugnata, la pronuncia sulle spese può essere modificata soltanto se il relativo capo della decisione abbia costituito oggetto di uno specifico motivo d'impugnazione.

Tuttavia, anche in ragione dell'operare del c.d. effetto espansivo interno di cui all'art. 336 c.p.c., comma 1, l'accoglimento parziale del gravame della parte vittoriosa in cui favore il giudice di primo grado abbia emesso condanna alla rifu-

sione delle spese di lite non comporta, in difetto di impugnazione sul punto, la caducazione di tale condanna.

La preclusione nascente dal giudicato impedisce al giudice dell'impugnazione di modificare la pronuncia sulle spese della precedente fase di merito, qualora abbia valutato la complessiva situazione sostanziale in senso più favorevole alla parte vittoriosa in primo grado (Cass. n. 27606 del 2019; Cass. n. 58 del 2004).

Nella specie, non essendovi stata impugnazione incidentale sulle spese da parte del soccombente, gli oneri processuali di primo grado non potevano essere compensate, non potendo il giudice d'appello modificare d'ufficio la decisione assunta, in proposito, dal tribunale, avendo riformato la prima pronuncia in senso più favorevole all'appellante.

Segue quindi accoglimento del motivo con assorbimento della prima censura, dovendo il giudice del rinvio procedere ad una nuova regolazione anche delle spese di appello, uniformandosi al principio di diritto enunciato.

La sentenza è cassata in relazione al motivo accolto, con rinvio della causa alla Corte d'appello di Napoli, in diversa composizione, anche per la pronuncia sulle spese di legittimità.

## **CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE - SEZIONE CIVILE VI** **18 MARZO 2021 n. 7610**

*PRES. A. AMENDOLA - REL. P. PAOLO*

**La mancata asseverazione autografa delle relate di notifica via Pec del ricorso e della sentenza non determinano l'improcedibilità del ricorso per cassazione, in presenza di attestazioni di conformità in calce alle relate in parola e alla decisione gravata esplicitamente richiamate in altro correlato atto, ossia l'indice dei documenti depositati, contenente quindi l'elencazione di tali atti, sottoscritto in via autografa, dovendo ritenersi che il nesso esplicito tra i due atti appena richiamati permette di ritenere sussistente l'asseverazione, non essendo equivocabile la sussistenza della correlativa volontà e nemmeno elusa la compiuta struttura formale necessaria, sebbene ricostruibile in modo composito.**

*“Il ricorso in Cassazione pur in assenza dell'asseverazione autografa in calce alle relate di notifica via PEC e alla sentenza è procedibile; ciò in quanto dalle attestazioni di conformità in calce alle predette relate e alla sentenza con indicazione di sottoscrizione digitale - inidonea in assenza di deposito telematico nella fase di legittimità - esplicitamente richiamate nell'indice dei documenti depositati, contenente l'elencazione di tali atti, sottoscritto in via autografa, emerge in modo inequivoco la volontà asseverativa.*

*Peraltro, essendo sempre possibile l'asseverazione fino all'udienza o alla discussione cartolare, ciò non consente d'ipotizzare altre condizioni formali quali la contestualità al deposito o l'unicità documentale con gli stessi atti di riferimento”.*

## DIRITTO

### RILEVATO

che:

con l'unico motivo si prospetta la violazione e falsa applicazione della l. n. 69 del 2009, art. 58, degli artt. 327,615,616 c.p.c., poichè la Corte di appello avrebbe errato omettendo di considerare che il giudizio di opposizione era iniziato, con ricorso al giudice dell'esecuzione, nell'aprile del 2009 e non, come affermato, nell'ottobre del 2010, con l'atto di riassunzione nel pieno merito;

Vista la proposta formulata del relatore ai sensi dell'art. 380 *bis* c.p.c.;

Rilevato che:

il ricorso è fondato;

preliminarmente dev'essere evidenziato che il ricorso è procedibile;

infatti, pur difettando l'asseverazione autografa in calce delle relate di notifica via PEC e della sentenza (cfr. Cass. Sez. U., n. 22438 del 2018 e Cass., Sez. U., n. 8312 del 2019), sono presenti:

i) attestazioni di conformità in calce alle relate in parola e alla decisione gravata - con indicazione di sottoscrizione digitale insufficiente di per sè in assenza di processo telematico nella fase di legittimità - che sono esplicitamente richiamate in altro correlato atto, ossia;

ii) l'indice dei documenti depositati, contenente quindi l'elencazione di tali atti, sottoscritto in via autografa;

nella cornice della richiamata nomofilachia, inerente al momento di transizione da processo analogico a processo compiutamente telematico presso la Corte Suprema di cassazione, il nesso esplicito tra i due atti appena richiamati permette di ritenere sussistente l'asseverazione non essendo equivocabile la sussistenza della correlativa volontà e nemmeno elusa la compiuta struttura formale necessaria, sebbene ricostruibile in modo composito;

d'altra parte, il fatto che, secondo la giurisprudenza sopra evocata, è sempre possibile l'asseverazione, sino pure all'udienza o alla discussione cartolare, non consente d'ipotizzare altre condizioni formali quali la contestualità al deposito o l'unicità documentale con gli stessi atti di riferimento;

nel (residuo) merito cassatorio, la giurisprudenza di questa Corte ha chiarito che:

a) il giudizio di opposizione all'esecuzione già iniziata ha natura inderogabilmente bifasica, la prima davanti al giudice del procedimento coattivo, la seconda con la riassunzione (Cass., 11 ottobre 2018, n. 25170);

b) l'opposizione all'esecuzione, dunque, pur essendo distinta in due fasi, la prima sommaria e la seconda a cognizione piena, costituisce un unico procedimento, sicchè, ai fini dell'applicazione del termine d'impugnazione di sei mesi, previsto dall'art. 327 c.p.c., nell'attuale formulazione, utilizzabile per i giudizi instaurati dopo l'entrata in vigore della l. n. 69 del 2009, rileva il momento in cui è stata introdotta la fase sommaria, con il deposito del ricorso dinanzi al giudice dell'esecuzione (Cass., 12 aprile 2017, n. 9352; cfr. anche, in tema di opposizione agli atti esecutivi, Cass., 7 maggio 2015, n. 9246); ne consegue la fondatezza della censura, poichè la Corte di appello ha erroneamente considerato l'introduzione del giudizio in riassunzione come il momento iniziale dello stesso ai fini del regime transitorio di cui alla l. n. 69 del 2009, art. 58, in relazione all'art. 327 c.p.c.; non è possibile decidere nel merito la causa essendo necessari apprezzamenti dell'incarto processuale riservati al giudice del merito.

## **CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE -SEZIONE CIVILE VI 4 APRILE 2021 n. 5865**

PRES. A. AMENDOLA - REL. M. ROSSETTI

**Risarcimento del danno alla salute - Nozione danno non patrimoniale - Categoria omnicomprensiva - Determinazione sistema c.d. "a punto" - Ristoro conseguenze standard - Presunzione semplice - Liquidazione equitativa - Aumento e/o diminuzione per conseguenze non accertabili medico-legalmente e per quelle accertabili medico-legalmente peculiari - Oggetto di prova specifica - Danno biologico quale conseguenza del pregiudizio stesso sul modo di essere della persona - Inesistenza categoria incapacità lavorativa generica - Riforma parziale sentenza di primo grado - Caducazione ope legis della statuzione sulle spese - Dovere del giudice d'appello di provvedere d'ufficio ad un nuovo regolamento delle spese - Liquidazione delle spese di lite - Tariffa vigente al momento della pronuncia che conclude ciascun grado del giudizio.**

*"Il danno non patrimoniale è una categoria unitaria ed omnicomprensiva. Non esistono pregiudizi non patrimoniali tra loro "ontologicamente" differenti; esiste in iure la categoria del danno non patrimoniale ed in facto le singole forme concrete che esso può assumere (es. lesione dell'onore, della reputazione, del nome, della salute...); la monetizzazione col sistema c.d. "a punto" del grado di invalidità permanente non ristora però di per sè ogni e qualsiasi pregiudizio subito dalla vittima, ma solo le conseguenze "standard", cioè quelle comunemente derivanti da quel tipo di*

lesioni, per tutte le persone aventi lo stesso sesso e la stessa età. Trattasi di una liquidazione equitativa ex art. 1226 c.c., basata sull'assunto (medico legale prima che giuridico) secondo cui a parità di età e di sesso, postumi identici comportano pregiudizi analoghi”.

“La misura del risarcimento del danno alla salute risultante dal c.d. “calcolo a punto”, basata su una presunzione semplice, può essere aumentata o diminuita dal giudice, tenendo conto delle conseguenze dannose non rientranti in quella misura standard, ossia quelle non accertabili medico legalmente (ad es. vergogna, tristezza, disistima di sé, sofferenza morale), oppure quelle conseguenze accertabili medico legalmente, ma non comuni a tutti, e peculiari del caso concreto, che, in ogni caso, devono oggetto di specifica prova”.

“Il danno alla salute consiste nella compromissione del compimento degli atti della vita quotidiana e non è concepibile un danno “da lesione della salute” ed un diverso ed ulteriore danno da “incidenza della lesione della salute sulla vita quotidiana”. Un danno alla salute che non incidesse sulla vita quotidiana non sarebbe nemmeno un danno risarcibile. Non è dunque corretto nè dal punto di vista medico legale nè dal punto di vista giuridico, sostenere che nella stima del danno alla persona debba tenersi conto dapprima dei postumi permanenti e poi dell'incidenza di essi sulla vita della vittima. I postumi permanenti, per essere tali, debbono necessariamente incidere sulla vita della vittima: per danno biologico deve intendersi infatti non la semplice lesione all'integrità psicofisica in sé e per sé, ma piuttosto la conseguenza del pregiudizio stesso sul modo di essere della persona”.

“Nel nostro ordinamento giuridico non esiste alcun concreto pregiudizio, patrimoniale o non patrimoniale, definibile “incapacità lavorativa generica”. Alla luce degli artt. 138-139 cod. ass., oltre che dei principi affermati dalla Suprema Corte, la nozione di “incapacità lavorativa generica” è scientificamente e giuridicamente erronea. È scientificamente erronea, perchè la dottrina medico-legale nega che possa apprezzarsi in misura percentuale la riduzione della capacità generica di lavoro, giungendo ad affermare che “la capacità (lavorativa) generica è sostanzialmente un'invenzione concettuale ed allo stato un non senso giuridico”. È, altresì, nozione giuridicamente erronea, perchè mescola e confonde le conseguenze patrimoniali della lesione della salute, con quelle non patrimoniali. Confusione non consentita, in quanto delle due l'una: o la vittima di lesioni personali ha conservato il suo reddito e la capacità di produrlo, ed allora l'unico danno risarcibile sarà quello non patrimoniale; oppure la vittima in conseguenza dell'infortunio ha perduto o verosimilmente perderà in tutto od in parte un reddito di lavoro; in questo caso avrà patito un danno patrimoniale da lucro cessante la cui liquidazione prescinde dal grado di invalidità permanente e dipenderà solo dalla misura del reddito perduto, sia esso effettivo, figurativo o presunto (come nel caso di danni ai minori od ai disoccupati)”

“In applicazione dell'art. 336 c.p.c., comma 1, la riforma anche parziale della sentenza di primo grado determina la caducazione ope legis della statuizione sulle spese e il correlativo dovere, per il giudice d'appello, di provvedere d'ufficio ad un nuovo regolamento delle stesse”.

*“La liquidazione delle spese di lite deve avvenire in base alla tariffa vigente al momento della pronuncia che conclude ciascun grado del giudizio, perchè è in quel momento che si esaurisce la corrispondente prestazione difensiva ed il diritto al compenso diventa esigibile”*

## DIRITTO

### RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Il primo motivo di ricorso riguarda la sola posizione di M.R.  
Con esso il ricorrente lamenta, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 3, la violazione degli artt. 1226, 2059 e 2727 c.c..

Nella illustrazione del motivo si sostiene una tesi così riassumibile:

- in conseguenza del sinistro, M.R. patì lesioni personali guarite con postumi antiestetici, fra cui la perdita del lobo dell'orecchio destro;
- queste cicatrici avevano provocato una “sindrome dismorfofobica”;
- la Corte d'appello aveva tenuto conto di questa sindrome neurologica nella determinazione del grado di invalidità permanente, ma aveva trascurato di prendere in esame le “ripercussioni negative che le lesioni avrebbero avuto sulla vita del giovane”.

Così decidendo, conclude il ricorrente, la Corte d'appello aveva violato il principio della necessaria personalizzazione del risarcimento del danno biologico.

- 1.1 Il motivo è in parte inammissibile, ed in parte infondato.

La Corte d'appello ha accertato in punto di fatto che M.R., in conseguenza del sinistro, aveva sofferto:

- a) una frattura dell'omero, guarita con postumi permanenti stimati dal giudice di merito (sulla scorta del parere d'un ausiliario medico legale) corrispondenti ad una invalidità permanente del 2%;
- b) esiti cicatriziali deturpanti, valutati come un'invalidità permanente del 17%;
- c) una sindrome dismorfofobica (e cioè la preoccupazione ossessiva per il proprio aspetto fisico) di rilievo neurologico, valutata come un'invalidità permanente del 5%.

Ciò posto in facto, la Corte d'appello ha liquidato a M.R. il danno biologico da invalidità permanente, monetizzando l'invalidità complessiva del 24% in base alla tabella diffusa dal Tribunale di Milano e comunemente applicata dagli uffici giudiziari di merito.

Dopo avere liquidato nei termini che precedono il danno non patrimoniale, la Corte d'appello ha aggiunto:

- a) che la misura standard del risarcimento del danno non patrimoniale cau-

sato da una lesione della salute può essere anche aumentata nel caso concreto, per tenere conto delle peculiarità del caso concreto: e tra queste, in particolare, dell'intensità delle sensazioni dolorose provate dalla vittima, e dello sconvolgimento delle sue abitudini quotidiane;

b) che tuttavia l'una e le altre debbono essere puntualmente allegate e debitamente provate dal danneggiato;

c) che nel caso di specie vi era tuttavia "assoluta mancanza di prova (...) in ordine alla gravità dell'evento lesivo e delle sue ripercussioni sull'esistenza del danneggiato" (così la sentenza impugnata, p. 14, terzultimo capoverso).

**1.2** Così decidendo, la Corte d'appello non solo non ha violato alcuna delle norme indicate dal ricorrente (e cioè gli artt. 1226, 2059 e 2727 c.c.), ma si è attenuta puntualmente ai principi di diritto più volte affermati da questa Corte in tema di liquidazione del danno non patrimoniale.

Questi principi sono pochi e semplici, e possono essere riassunti come segue.

**1.2.1** Primo: il danno non patrimoniale è una categoria unitaria ed omnicomprensiva. Non esistono pregiudizi non patrimoniali tra loro "ontologicamente" differenti; esiste in iure la categoria del danno non patrimoniale, ed in facto le singole forme concrete che esso può assumere (lesione dell'onore, della reputazione, del nome, della salute, e via dicendo: così Sez. U, Sentenza n. 26972 del 11 novembre 2008).

**1.2.2** Secondo: dire che il danno non patrimoniale sia una categoria unitaria non vuol certo dire che, in presenza d'una lesione della salute, la monetizzazione col sistema c.d. "a punto" del grado di invalidità permanente ristori di per sé ogni e qualsiasi pregiudizio subito dalla vittima.

Moltiplicare il grado di invalidità permanente per una somma di denaro dà per risultato una somma di denaro idonea a ristorare il pregiudizio non patrimoniale consistente nell'incidenza dei postumi sulla vita quotidiana ed avente queste due caratteristiche: fondamento medico-legale ed intensità standard, cioè comunemente derivante da quel tipo di lesioni, per tutte le persone aventi lo stesso sesso e la stessa età (Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 10912 del 7 maggio 2018).

Si tratta dunque d'una liquidazione equitativa *ex art.* 1226 c.c., basata sull'assunto (medico legale prima che giuridico) secondo cui a parità di età e sesso, postumi identici comportano pregiudizi analoghi.

Ma proprio in quanto basata su una presunzione semplice, la misura del risarcimento del danno alla salute risultante dal c.d. "calcolo a punto" può essere aumentata o diminuita dal giudice, per tenere conto delle conseguenze dannose non rientranti in quella misura standard: e cioè le conse-

guenze dannose non accertabili medico legalmente (ad es. vergogna, tristezza, disistima di sè, sofferenza morale), oppure le conseguenze accertabili medico legalmente, ma non comuni a tutti, e peculiari del caso concreto (Sez. 3 -, Sentenza n. 28988 del 11 novembre 2019).

**1.2.3** Terzo: le “peculiarità del caso concreto” che, se sussistenti, possono giustificare un aumento della misura standard del risarcimento devono essere fatti, non vuote etichette. Non sarebbe, infatti, sufficiente chiamare pregiudizi identici con nomi diversi, per pretenderne la contemporanea risarcibilità (ex multis, Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 8895 del 4 maggio 2016).

Per stabilire dunque se il giudice di merito abbia correttamente liquidato il danno non patrimoniale non si deve avere riguardo alle formule definitorie invocate dall'attore, o richiamate dal giudicante (come “danno morale”, “danno biologico”, “danno alla vita di relazione”, e via dicendo), ma occorre considerare:

(a) quali siano stati i concreti pregiudizi dedotti dalla vittima e provati in giudizio;

(b) quali siano stati i concreti pregiudizi esaminati dal giudice (per tutti questi principi si vedano, tra le tante, Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 10912 del 7 maggio 2018; Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 4535 del 22 febbraio 2017; Sez. 3, Sentenza n. 20630 del 13 ottobre 2016; Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 1305 del 25 gennaio 2016).

**1.2.4** Quarto: il danno alla salute in null'altro consiste, che nella compromissione del compimento degli atti della vita quotidiana. Non è quindi concepibile, come invece mostra di ritenere il ricorrente, un danno “da lesione della salute”, ed un diverso ed ulteriore danno da “incidenza della lesione della salute sulla vita quotidiana”. Un danno alla salute che non incidesse sulla vita quotidiana non sarebbe nemmeno un danno risarcibile (per le ragioni già esposte da questa Corte nell'ordinanza Sez. 3 -, Ordinanza n. 7513 del 27 marzo 2018, cui in questa sede è possibile rinviare).

Non è dunque corretto nè dal punto di vista medico legale, nè dal punto di vista giuridico, sostenere che nella stima del danno alla persona debba tenersi conto dapprima dei postumi permanenti, e poi dell'incidenza di essi sulla vita della vittima.

I postumi permanenti, per essere tali, debbono necessariamente incidere sulla vita della vittima: per danno biologico deve intendersi infatti non la semplice lesione all'integrità psicofisica in sè e per sè, ma piuttosto la conseguenza del pregiudizio stesso sul modo di essere della persona (così Cass. 7513/18, cit.). La distinzione giuridicamente rilevante in tema di liquidazione del danno alla persona è piuttosto quella tra conseguenze indefettibili dell'invalidità e conseguenze peculiari.

Le prime sono le conseguenze inevitabili per tutti coloro che abbiano patito identici postumi permanenti: ad es. la zoppia per chi abbia sofferto un accorciamento dell'arto inferiore, oppure la rinuncia all'attività fisica per chi abbia patito una grave riduzione della capacità respiratoria.

Le conseguenze peculiari sono invece quelle sofferte solo da quella particolare vittima, in conseguenza delle sue pregresse condizioni o del tipo di attività da essa svolte, ma non comuni necessariamente a tutte le vittime che abbiano sofferto identiche lesioni guarite con identici postumi.

- 1.3** Alla luce dei principi appena riassunti, il primo motivo di ricorso risulta - come anticipato - in parte infondato, ed in parte inammissibile. Il motivo è infondato, innanzitutto, nella parte in cui lamenta che la Corte d'appello avrebbe violato l'art. 2059 c.c., per non avere tenuto conto delle ripercussioni del danno patito da M.R. sulla sua vita quotidiana.

Per quanto detto, infatti, la liquidazione del danno biologico permanente è di per sé un ristoro per equivalente delle conseguenze che la lesione della salute ha avuto sulla vita quotidiana.

Per pretendere la maggiorazione della misura standard del risarcimento non basta dunque allegare che i postumi hanno inciso sulla vita quotidiana della vittima: questo tipo di pregiudizio è infatti già ristorato dalla semplice monetizzazione del grado di invalidità permanente.

È necessario, invece, allegare e provare che i postumi hanno inciso sulla vita quotidiana della vittima in misura differente e maggiore rispetto a tutte le altre persone della stessa età e dello stesso sesso, che abbiano sofferto postumi di identica misura.

Nel caso di specie la Corte d'appello ha monetizzato l'invalidità permanente nella misura percentuale risultante dalla sommatoria di tutti i postumi permanenti accertati in corpore, e così facendo ha ristorato il danno non patrimoniale "standard".

Ha, poi, escluso che tale misura dovesse essere maggiorata, per mancanza di prova di ulteriori conseguenze: e così facendo ha rispettato il principio per cui la variazione in aumento del danno non patrimoniale alla persona esige l'allegazione e la prova.

- 1.7** Il primo motivo di ricorso è invece inammissibile nella parte in cui lamenta, in sostanza, che il giudice di merito avrebbe dovuto ricavare in via presuntiva, partendo dal fatto noto dell'entità delle lesioni, sia l'esistenza d'una sofferenza morale, sia la sussistenza dei presupposti di fatto giustificativi d'una maggiorazione della misura standard del risarcimento del danno biologico. La deduzione è teoricamente corretta, in quanto la prova regina in tema di danno non patrimoniale non può che essere la presunzione semplice di cui all'art. 2727 c.c..

E tuttavia questa Corte in tanto potrebbe sindacare se il giudice di merito abbia, nella liquidazione del danno, violato il principio di integrale riparazione, in quanto il ricorrente abbia avuto cura di esporre nel ricorso, in ossequio al disposto dell'art. 366 c.p.c., n. 3:

- a) quali fossero i pregiudizi concreti dei quali aveva chiesto il ristoro nell'atto introduttivo del primo grado di giudizio, ulteriori e diversi da quelli comunemente provocati da postumi permanenti del medesimo grado;
- b) come fossero stati provati (così già Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 8985 del 15 maggio 2020).

Nel caso di specie, per contro, il ricorrente nulla riferisce sui fatti posti a fondamento della domanda nell'atto introduttivo del giudizio, limitandosi a dedurre che la Corte d'appello avrebbe ommesso ogni valutazione "circa l'incidenza negativa dei postumi sulle attività quotidiane di vita quotidiana" (così, testualmente, il ricorso, p. 5); che per il tipo di postumi patiti dalla vittima la Corte d'appello "avrebbe dovuto considerare il vulnus patito come effettivamente accertato e suffragato dalle risultanze della relazione peritale" (*ibidem*, p. 5); che la sentenza avrebbe perciò dovuto riconoscere "una equa personalizzazione del danno biologico in ragione degli ulteriori pregiudizi non patrimoniali (danno esistenziale, danno estetico)" (*ibidem*, p. 6).

Formule di così sconfinata latitudine impediscono a questa Corte di stabilire quali furono i concreti pregiudizi dedotti dall'attore in primo grado; quale il loro grado di specificità; quale la loro autonomia concettuale rispetto al danno biologico.

2. Anche il secondo motivo di ricorso è riferibile al solo M.R..  
Con tale motivo il ricorrente lamenta, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 3, la violazione dell'art. 112 c.p.c..  
Sostiene che la corte d'appello avrebbe violato la norma suddetta non procedendo ad un adeguato aumento del quantum del risarcimento del danno biologico, al fine di tenere conto della "riduzione della capacità lavorativa generica", qualificata dal ricorrente come "evidente".
- 2.1 Va preliminarmente rilevato come il motivo, nonostante la sua intitolazione, denunci in realtà non una violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, ma piuttosto un error in indicando, consistito nella sottostima del danno non patrimoniale.  
Il motivo, anche a prescindere da qualsiasi rilievo circa l'eshaustività del modo in cui è formulata la censura, è comunque manifestamente infondato in punto di diritto.  
Il ricorrente muove dall'assunto che:
  - a) esista un pregiudizio non patrimoniale definibile "incapacità lavorativa generica";

b) questo pregiudizio non solo nel caso di specie sussisterebbe, ma avrebbe dovuto giustificare un incremento della liquidazione del danno biologico permanente.

Il presupposto giuridico su cui il ricorrente fonda la censura in esame è insussistente.

Nel nostro ordinamento giuridico non esiste alcun concreto pregiudizio, patrimoniale o non patrimoniale, definibile “incapacità lavorativa generica”. L’espressione “incapacità lavorativa generica” fu coniata dal legislatore allorchè, tra la fine del XIX e l’inizio del XX sec., iniziò ad introdurre forme di tutela assicurativa a favore dei lavoratori contro il rischio di infortuni sul lavoro (ad esempio, nella l. 21 agosto 1921, n. 1312, art. 6 sull’assunzione obbligatoria degli invalidi di guerra nelle pubbliche amministrazioni e nelle aziende private; od ancora nella l. 18 marzo 1968, n. 313, sul “Riordinamento della legislazione pensionistica di guerra”).

In quelle leggi l’aggettivo “generica” stava a significare che la misura dell’indennizzo normativamente o contrattualmente previsto prescindeva dalle ripercussioni che concretamente l’infortunio aveva avuto o poteva avere sul reddito lavorativo della vittima, come è normale in qualsiasi assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro.

L’espressione fu mutuata dalla prassi in materia di responsabilità civile solo quando, esclusa dalle Sezioni Unite la risarcibilità del danno non patrimoniale (Cass. sez. un. 20 ottobre 1924, in *Giur. it.*, 1924, I, 1, 952), la giurisprudenza fu costretta a ricorrere a vari escamotage per accordare il risarcimento del danno alla salute anche in assenza di contrazioni reddituali. Si iniziò allora a designare, con l’espressione “danno alla capacità lavorativa generica”, il pregiudizio (teoricamente) consistente nella perdita o nella riduzione della capacità della vittima d’una lesione personale di svolgere non già il proprio lavoro, ma un qualsiasi altro lavoro, anche diverso dal proprio, che non richiedesse particolari competenze o capacità.

Si trattava, com’è evidente, d’una *fictionis iuris*, dal momento che non sarebbe nemmeno seriamente pensabile - ad esempio - che un top manager il quale abbia patito un’anchilosi del ginocchio possa dolersi di non poter più svolgere, se volesse, l’attività di carpentiere o minatore. Tale nozione è ormai divenuta superflua da molti anni, e cioè da quando il danno non patrimoniale, in caso di lesioni personali, è integralmente risarcibile senza limitazioni di sorta: e dunque non v’è più bisogno, per garantirne il ristoro, di ricorrere a più o meno fantasiose *fictiones iuris*.

- 2.2 Oggi infatti, alla luce degli artt. 138-139 cod. ass., oltre che dei principi ripetutamente affermati da questa Corte sulla integrale risarcibilità dei danni non patrimoniali in caso di lesioni della salute, la nozione di “incapacità lavorativa generica” è divenuta scientificamente e giuridicamente erranea.

È scientificamente erronea, perchè la dottrina medico-legale pressochè unanimemente nega che possa apprezzarsi in misura percentuale la riduzione della capacità generica di lavoro, giungendo ad affermare che “la capacità (lavorativa) generica è sostanzialmente un’invenzione concettuale ed allo stato un non senso giuridico”.

È, altresì, nozione giuridicamente erronea, perchè mescola e confonde le conseguenze patrimoniali della lesione della salute, con quelle non patrimoniali. Confusione non consentita, in quanto delle due l’una:

- o la vittima di lesioni personali ha conservato il suo reddito e la capacità di produrlo, ed allora l’unico danno risarcibile sarà quello non patrimoniale;
- oppure la vittima in conseguenza dell’infortunio ha perduto o verosimilmente perderà in tutto od in parte un reddito di lavoro; in questo caso avrà patito un danno patrimoniale da lucro cessante la cui liquidazione prescindere dal grado di invalidità permanente e dipenderà solo dalla misura del reddito perduto, sia esso effettivo, figurativo o presunto (come nel caso di danni ai minori od ai disoccupati).

2.3 Nel caso di specie la Corte d’appello ha liquidato correttamente, per quanto detto, il danno non patrimoniale, ed escluso esservi prova d’una potenziale compromissione del reddito futuro della vittima. Ha, quindi, rispettato i principi sopra esposti.

3. Col terzo motivo i ricorrenti lamentano, formalmente prospettando il vizio di cui all’art. 360 c.p.c., n. 5, la mancanza di motivazione sulla richiesta, da essi formulata in appello, di rinnovazione della consulenza tecnica d’ufficio.

3.1 Il motivo è inammissibile sia perchè la mancata rinnovazione della consulenza tecnica non costituisce un vizio di “omesso esame del fatto decisivo” *ex* art. 360 c.p.c., n. 5; sia perchè la scelta di rinnovare o non rinnovare la consulenza tecnica è rimessa alla discrezionalità del giudice di merito ed insindacabile in sede di legittimità (così, in particolare, in motivazione, Cass. civ., sez. un., 22 maggio 2012, n. 8077, ove si afferma (5 4.1) che il legislatore ha conferito al giudice di merito “il potere di operare nel processo scelte discrezionali, che, pur non essendo certamente libere nel fine, lasciano tuttavia al giudice stesso ampio margine nel valutare se e quale attività possa o debba essere svolta. Si pensi, a titolo d’esempio, alla scelta di disporre o meno una consulenza tecnica (...): situazioni tutte nelle quali la decisione si riferisce, certo, ad un’attività processuale, ma è intrinsecamente ed inscindibilmente intrecciata con una valutazione complessiva dei dati già acquisiti in causa ed, in definitiva, della sostanza stessa della lite. Il che spiega perchè siffatte scelte siano riservate in via esclusiva al giudice di merito.

4. Col quarto motivo i ricorrenti lamentano, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 3, la violazione del d.m. n. 55 del 2014, artt. 4 e 5. Deducono che la Corte d'appello ha liquidato le spese giudiziali del grado di appello in misura inferiore al minimo tabellare, importo che nel caso di specie si sarebbe dovuto determinare assumendo a base del calcolo quale valore della causa la somma di Euro 120.000.

4.1 Il motivo è fondato.

Ai fini della liquidazione dei compensi a carico del soccombente il valore della causa si determina ai sensi del c.p.c. (d.m. n. 55 del 2014, art. 5, comma 1).

Il codice di procedura civile prevede che più domande proposte contro il convenuto si sommano solo se proposte dalla stessa persona (art. 10 c.p.c., comma 2).

Quando, invece, più parti agiscono in giudizio contro il medesimo convenuto proponendo domande connesse, ai sensi dell'art. 103 c.p.c., o cumulate *ex art.* 104 c.p.c., la regola di cui all'art. 10, comma 2, non s'applica, ed il valore di ogni causa deve essere separatamente considerato, anche ai fini della liquidazione degli onorati di avvocato (così già Sez. L, Sentenza n. 1640 del 5 marzo 1983, Rv. 426482 - 01).

Nel caso di specie uno dei danneggiati, M.R., patì un danno liquidato dalla Corte d'appello in 121.078,99 Euro.

Per cause di tale valore il compenso minimo tabellare, esclusa la fase istruttoria che in appello mancò, è pari a 4.758 Euro (e non 5.993 Euro, come sostenuto dalla Amissima nel controricorso, e tanto meno 4.253 Euro, come sostenuto dalla medesima società nella memoria *ex art.* 380 *bis* c.p.c.).

Il suddetto importo, al netto della riduzione di un terzo *ex art.* 92 c.p.c. applicata dalla Corte d'appello, risulta pari ad Euro 3.172, il quale si sarebbe poi dovuto aumentare in considerazione della pluralità di parti, d.m. 10 marzo 2014, n. 55, *ex art.* 4, comma 2. La Corte d'appello, invece, ha accordato agli appellanti (odierni ricorrenti) a titolo di rifusione delle spese d'appello l'importo complessivo di Euro 3.000, e dunque inferiore al minimo, senza alcuna motivazione.

5. Col quinto motivo i ricorrenti lamentano che la Corte d'appello avrebbe erroneamente omissso di provvedere sulle spese del primo grado di giudizio. Deducono che l'accoglimento dell'appello aveva determinato la caducazione della regolazione delle spese disposta dal Tribunale, e che di conseguenza la Corte d'appello avrebbe dovuto provvedere sul punto.

5.1 Il motivo è fondato.

Infatti l'art. 336 c.p.c., comma 1, stabilisce il principio che la riforma della sentenza di primo grado ha effetto anche sulle parti dipendenti dalla parte riformata (cosiddetto effetto espansivo interno).

Pertanto la riforma anche parziale della sentenza di primo grado determina la caducazione ope legis della statuizione sulle spese e il correlativo dovere, per il giudice d'appello, di provvedere d'ufficio ad un nuovo regolamento delle stesse (ex multis, Sez. 3, Sentenza n. 13059 del 5 giugno 2007, Rv. 599178 - 01).

Nè può ritenersi che la Corte d'appello abbia voluto implicitamente confermare la regolazione delle spese disposta dal Tribunale per il primo grado di giudizio, in quanto tale possibilità può ammettersi solo in presenza di espressioni, nella sentenza d'appello, del tipo "conferma del resto l'impugnata sentenza" o simili (Sez. 3, Sentenza n. 15360 del 28 giugno 2010, Rv. 613956 - 01), che nella specie mancano.

5.2 Non convincenti, per contro, appaiono le deduzioni svolte a tal riguardo dalla Amissima a p. 3 della memoria depositata ai sensi dell'art. 380 *bis* c.p.c., secondo cui i ricorrenti col quinto motivo del proprio ricorso avrebbero inteso dolersi non della omessa liquidazione, da parte della Corte d'appello, delle spese del primo grado, ma soltanto della mancata riforma della statuizione del Tribunale, nella parte in cui aveva compensato parzialmente le spese del primo grado.

Tale eccezione tuttavia non ha fondamento: in primo luogo perchè domandare al giudice d'appello di escludere la compensazione parziale disposta dal Tribunale significa, per secundam, invocare la riforma della regolazione delle spese compiuta dal primo giudice; in secondo luogo perchè il ricorso esprime chiaramente, a p. 11, secondo capoverso, la volontà di censurare il fatto che la Corte d'appello ha "omesso di pronunciarsi sulla liquidazione delle spese di primo grado".

6. La ritenuta erroneità della sentenza d'appello non ne impone, tuttavia, la cassazione con rinvio.

Infatti, non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, la causa può essere decisa nel merito, procedendo alla liquidazione delle spese del primo e del secondo grado di giudizio.

6.1 Per quanto attiene le spese del primo grado, va in primo luogo rilevato che la sentenza del Tribunale di Palmi venne pubblicata il 9.1.2006. Le spese relative a quel grado di giudizio andranno pertanto liquidate in base ai criteri stabiliti dal d.m. 8 aprile 2004, n. 127.

È infatti consolidato, nella giurisprudenza di questa corte, il principio secondo cui la liquidazione delle spese di lite deve avvenire in base alla tariffa vigente al momento della pronuncia che conclude ciascun grado del

giudizio, perchè è in quel momento che si esaurisce la corrispondente prestazione difensiva ed il diritto al compenso diventa esigibile (così già Sez. U, Sentenza n. 2493 del 03 ottobre 1964, Rv. 303741 - 01; in seguito, da ultimo ed *ex multis*, Sez. 6 - L, Ordinanza n. 31884 del 10 dicembre 2018, Rv. 651920 - 01).

In base al suddetto decreto, esclusa qualsiasi compensazione, ed avuto riguardo alla natura dell'attività effettivamente svolta per come risultante dagli atti, vanno liquidati per il primo grado di giudizio Euro 200 per spese, Euro 1.323 per diritti ed Euro 9.472,50 per onorari.

- 6.2 Le spese del grado di appello, esclusa qualsiasi compensazione, e tenuto conto del numero delle parti (che nel caso di specie può giustificare un incremento complessivo del 50%, d.m. n. 55 del 2014, *ex art.* 4, comma 2), vanno liquidate nella misura complessiva di Euro 7.137.
- 6.3 Le spese del presente giudizio di legittimità vanno compensate interamente tra le parti, in considerazione del rilevante iato tra *decisum* e *petitum*.

## CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE - SEZIONE LAVORO 3 MAGGIO 2021 N. 11559

PRES. G. RAIMONDI - REL. F. AMENDOLA

**Notifica atti indirizzo di posta elettronica certificata - Soggetto obbligato *ex lege* a munirsi di un indirizzo PEC - Notifica valida anche se la casella PEC è "piena" - Perfezionamento con ricevuta attestante rinvenimento casella "piena" - Evento imputabile al destinatario - Mancato buon esito della comunicazione telematica - Legittimo deposito atto in cancelleria.**

*"La notificazione di un atto eseguita ad un soggetto, obbligato per legge a munirsi di un indirizzo di posta elettronica certificata, è valida anche se la cd. casella PEC del destinatario è piena e si ha per perfezionata con la ricevuta con cui l'operatore attesta di avere rinvenuto la predetta casella "piena"; ricevuta quest'ultima da considerarsi equiparata a quella di avvenuta consegna, in quanto il mancato inserimento nella casella di posta per saturazione della capienza rappresenta un evento imputabile al destinatario, per l'inadeguata gestione dello spazio per l'archiviazione e la ricezione di nuovi messaggi"*

*"Il mancato buon esito della comunicazione telematica di un provvedimento giurisdizionale, dovuto alla saturazione della capienza della casella di posta elettronica*

*del destinatario, legittima l'effettuazione della comunicazione mediante deposito dell'atto in cancelleria, ai sensi del d.l. n. 179 del 2012 cit., art. 16, comma 6, conv. in l. n. 221 del 2012 cit., come modificato dal d.l. 24 giugno 2014, n. 90, art. 47, conv. in l. 11 agosto 2014, n. 114"*

## DIRITTO

### MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo di ricorso per revocazione ai sensi del n. 4 dell'art. 395 c.p.c., si denuncia "erronea presupposizione di fatto obiettivamente inesistente - in data 19 agosto 2019 non ha avuto luogo alcuna notifica/comunicazione a mezzo deposito in cancelleria dei decreti di rigetto del Tribunale di Varese".

Si eccepisce la svista percettiva del Collegio che non si sarebbe avveduto che la comunicazione del decreto impugnato "non aveva avuto luogo a mezzo deposito in data 19 agosto 2016, ma a mezzo PEC in data 22/23 agosto 2016, con conseguente piana tempestività" del ricorso per cassazione.

Si argomenta che "la suddetta comunicazione di cancelleria attesta, difatti, incontrovertibilmente che il cancelliere del Tribunale di Varese... non aveva considerato imputabile allo scrivente difensore il mancato buon fine della comunicazione a mezzo PEC del 19 agosto 2016"; non aveva, di conseguenza, proceduto alla notifica a mezzo deposito in cancelleria degli stessi, ma aveva al contrario provveduto a delle nuove notifiche a mezzo PEC andate appunto a buon fine il 22/23 maggio 2016.

Si lamenta che il Collegio avrebbe "dato per assodato l'erroneo dato di fatto che venerdì 19 agosto 2016, dopo la vana notifica a mezzo PEC, il cancelliere... avesse provveduto, ai sensi del d.l. n. 179 del 2012, art. 16, alla immediata e contestuale comunicazione del medesimo decreto mediante deposito in cancelleria, anziché alla ripetizione della comunicazione a mezzo PEC il giorno lavorativo immediatamente successivo, come invece avvenuto".

Si depositano attestazioni rilasciate dalla cancelleria del Tribunale di Varese successivamente alla pubblicazione della sentenza impugnata.

2. Con il secondo motivo si denuncia "errore di fatto *ex art. 395 c.p.c., n. 4*, omesso esame degli atti difensivi di parte", criticando l'impugnata decisione nella parte in cui reca l'inciso: "nulla peraltro avendo dedotto i ricorrenti in ordine all'eccezione sollevata".

Si lamenta che il Collegio non avrebbe esaminato le difese contenute nella

memoria *ex art.* 378 c.p.c., ritualmente depositata e nella quale si argomentava diffusamente in ordine all'eccezione di tardività sollevata dal controricorrente Fallimento.

3. Appare opportuno premettere i consolidati principi espressi dalla giurisprudenza di legittimità nell'interpretazione dell'ipotesi di revocazione di cui dell'art. 395 c.p.c., n. 4.

Invero tale ipotesi sussiste se la sentenza è l'effetto di un errore di fatto risultante dagli atti o documenti della causa; vi è questo errore quando la decisione è fondata sulla supposizione di un fatto la cui verità è incontrastabilmente esclusa, oppure quando è supposta l'inesistenza di un fatto la cui verità è positivamente stabilita.

Pacificamente per questa Corte tale genere di errore presuppone il contrasto tra due diverse rappresentazioni dello stesso oggetto, emergenti una dalla sentenza e l'altra dagli atti e documenti processuali, purchè, da un lato, la realtà desumibile dalla sentenza sia frutto di supposizione, e non di valutazione o di giudizio e, dall'altro, quella risultante dagli atti e documenti non sia stata contestata dalle parti (per tutte Cass. SS.UU. n. 5303 del 1997; v. poi Cass. SS.UU. n. 561 del 2000; Cass. SS.UU. n. 15979 del 2001; Cass. SS.UU. n. 23856 del 2008; Cass. SS.UU. n. 4413 del 1016).

Pertanto, in generale, l'errore non può riguardare la violazione o falsa applicazione di norme giuridiche ovvero la valutazione e l'interpretazione dei fatti storici; deve avere i caratteri dell'assoluta evidenza e della semplice rilevabilità sulla base del solo raffronto tra la sentenza impugnata e gli atti e i documenti di causa, senza necessità di argomentazioni induttive o di particolari indagini ermeneutiche; deve essere essenziale e decisivo, nel senso che tra la percezione asseritamente erronea da parte del giudice e la decisione da lui emessa deve esistere un nesso causale tale che senza l'errore la pronuncia sarebbe stata, diversa (v. Cass. n. 14656 del 2017).

In particolare, secondo il consolidato orientamento di questa Corte (Cass. n. 22569 del 2013; Cass. n. 4605 del 2013; Cass. n. 16003 del 2011) fuoriesce dal travisamento rilevante ogni errore che attinga l'interpretazione del quadro processuale che esso denunziava, in coerenza con una scelta che deve lasciar fermo il valore costituzionale della insindacabilità delle valutazioni di fatto e di diritto della Corte di legittimità.

Inoltre non è idoneo ad integrare un errore revocatorio l'ipotesizzato travisamento, da parte della Corte di cassazione, di dati giuridico-fattuali acquisiti attraverso la mediazione delle parti e l'interpretazione dei contenuti espositivi degli atti del giudizio, e dunque mediante attività valutativa, insuscettibile in quanto tale - quand'anche risulti errata - di revocazione (Cass. n. 14108 del 2016; Cass. n. 13181 del 2013).

4. Altrettanto opportuna appare una ricognizione del quadro normativo e giurisprudenziale in ordine alle comunicazioni o notificazioni effettuate dalla cancelleria tramite posta elettronica certificata.

Va premesso che, ai sensi della l. Fall., art. 99, u.c., nel testo vigente all'epoca dei fatti di causa, come novellato prima dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 e poi dal d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, il decreto che decide sull'opposizione allo stato passivo "è comunicato dalla cancelleria alle parti che, nei successivi trenta giorni, possono proporre ricorso per cassazione". Tale comunicazione effettuata dal cancelliere mediante posta elettronica certificata, ai sensi del d.l. n. 179 del 2012, art. 16, comma 4, conv., con modif. dalla l. n. 221 del 2012, è idonea a far decorrere il termine breve per l'impugnazione in cassazione, non ostandovi il nuovo testo dell'art. 133 c.p.c., comma 2, come novellato dal d.l. n. 90 del 2014, conv., con modif., dalla l. n. 114 del 2014, secondo il quale la comunicazione del testo integrale della sentenza da parte del cancelliere non è idonea a far decorrere i termini per le impugnazioni di cui all'art. 325 c.p.c., perchè la norma del codice di rito trova applicazione solo nel caso di atto di impulso di controparte, ma non incide sulle norme derogatorie e speciali che ancorano la decorrenza del termine breve di impugnazione alla mera comunicazione di un provvedimento da parte della cancelleria (cfr. Cass. n. 23443 del 2019 e Cass. n. 10525 del 2016).

Tuttavia, ai sensi dell'art. 16 richiamato, comma 6, "Le notificazioni e comunicazioni ai soggetti per i quali la legge prevede l'obbligo di munirsi di un indirizzo di posta elettronica certificata, che non hanno provveduto ad istituire o comunicare il predetto indirizzo, sono eseguite esclusivamente mediante deposito in cancelleria. Le stesse modalità si adottano nelle ipotesi di mancata consegna del messaggio di posta elettronica certificata per cause imputabili al destinatario".

La giurisprudenza di questa Corte è costante nell'annoverare tra le "cause imputabili al destinatario" la "mancata comunicazione per saturazione della casella di posta elettronica", avendo esplicitamente affermato "che il mancato buon esito della comunicazione telematica di un provvedimento giurisdizionale, dovuto alla saturazione della capienza della casella di posta elettronica del destinatario, legittima l'effettuazione della comunicazione mediante deposito dell'atto in cancelleria, ai sensi del d.l. n. 179 del 2012 cit., art. 16, comma 6, conv. in l. n. 221 del 2012 cit., come modificato dal d.l. 24 giugno 2014, n. 90, art. 47, conv. in l. 11 agosto 2014, n. 114" (Cass. n. 7029 del 2018; ma già in precedenza v. Cass. n. 25968 del 2016; conf. Cass. n. 13532 del 2019 e, più di recente, Cass. n. 3163 del 2020). Nonostante la mancata ricezione della comunicazione per causa a lui imputabile, il destinatario è comunque nella condizione di prendere cognizione degli estremi della comunicazione medesima, in quanto il sistema

invia un avviso al portale dei servizi telematici, di modo che il difensore destinatario, accedendovi, viene informato dell'avvenuto deposito (v. Cass. n. 3965 del 2020; Cass. n. 20698 del 2018; Cass. pen. 54141 del 2017). Infatti, ai sensi del d.m. n. 44 del 2011, art. 16, comma 4, "nel caso in cui viene generato un avviso di mancata consegna previsto dalle regole tecniche della posta elettronica certificata (...) viene pubblicato nel portale dei servizi telematici, secondo le specifiche tecniche stabilite ai sensi dell'art. 34, un apposito avviso di avvenuta comunicazione o notificazione dell'atto nella cancelleria o segreteria dell'ufficio giudiziario contenente i soli elementi identificativi del procedimento e delle parti e loro patrocinatori". Da tale disposizione si evince pure che, in caso "di mancata consegna", la "comunicazione o notificazione dell'atto nella cancelleria o segreteria dell'ufficio giudiziario" è generata automaticamente, conformemente alle previsioni del D.G.S.I.A., altrimenti l'"avviso" pubblicato "nel portale dei servizi telematici" non potrebbe dare per "avvenuta" detta comunicazione o notificazione.

5. Tanto premesso la revocazione non può trovare accoglimento.

5.1 Nel primo motivo di ricorso, parte ricorrente individua l'errore revocatorio in un "fatto obiettivamente inesistente" e cioè che "in data 19 agosto 2016 non ha avuto luogo alcuna notifica/comunicazione a mezzo deposito in cancelleria dei decreti di rigetto del Tribunale di Varese". Si lamenta che il Collegio sarebbe incorso in "una grave svista percettiva", perchè non si sarebbe accorto della presenza agli atti di causa di un documento "attestante l'avvenuta comunicazione dei decreti in esame non già a mezzo deposito in cancelleria in data 19 agosto 2016, ma a mezzo PEC in data 22/23 agosto 2016". Secondo parte ricorrente "l'aver erroneamente considerato inesistente, nella sua dimensione storica di spazio e di tempo, il fatto costituito dalla seconda notifica del 22/23 agosto 2016 (effettuata appunto in luogo del deposito in cancelleria dal cancelliere Dott. T.G.) risultante dalla comunicazione di cancelleria prodotta agli atti di causa sub doc. B del ricorso introduttivo del giudizio integra dunque certamente gli estremi dell'errore revocatorio decisivo ai sensi e per gli effetti dell'art. 395 c.p.c., n. 4". Tuttavia in nessun punto della sentenza impugnata si legge esplicitamente che il Collegio ha ritenuto che il 19 agosto 2016 avesse "avuto luogo... notifica/comunicazione a mezzo deposito in cancelleria dei decreti di rigetto del Tribunale di Varese" e, quindi, in nessun punto si afferma essere sussistente quel fatto la cui verità sia incontrastabilmente esclusa e sul quale sia stata fondata la decisione.

Al contrario la decisione appare radicata tutta sul rilievo che "la comunicazione dell'avvenuto deposito del decreto" incontestabilmente pubblicato il

19 agosto 2016, realizzata tramite PEC all'indirizzo del difensore e "conclusosi con messaggio di mancata comunicazione per risultare piena la predetta casella di posta elettronica" era "da considerare parimenti effettuata ed efficace". Si aggiunge, dopo aver riportato l'intero tenore testuale del d.l. n. 179 del 2012, art. 16, comma 6, conv. nella l. n. 221 del 2012: "sicchè la comunicazione deve aversi per notificata allorquando la mancata consegna dipenda da cause imputabili al destinatario come nel caso in cui per mancata diligenza di questi la casella risulti piena per prolungata (e dunque colpevole) assenza di lettura della posta elettronica".

Trattasi di valutazione in diritto che non può essere certo sindacata in sede di revocazione; piuttosto il ricorso qui esaminato sottende la critica che la sentenza impugnata avrebbe dovuto verificare non solo la mancata consegna del messaggio di posta elettronica certificata per cause imputabili al destinatario, ma anche che avesse avuto luogo una "notifica/comunicazione a mezzo deposito in cancelleria dei decreti di rigetto del Tribunale di Varese" (rectius, che la comunicazione contenente "il testo integrale del provvedimento comunicato" ai sensi dell'art. 45 disp. att. c.p.c., fosse stata eseguita "mediante deposito in cancelleria") e sempre che tale "notifica/comunicazione" non fosse stata automaticamente generata dal sistema.

Ma l'errore revocatorio - per quanto innanzi rammentato - non può riguardare la violazione o falsa applicazione di norme giuridiche e deve avere i caratteri dell'assoluta evidenza e della semplice rilevabilità sulla base del solo raffronto tra la sentenza impugnata e gli atti e i documenti di causa, senza necessità di argomentazioni induttive o di valutazioni che involgano l'interpretazione di norme.

Peraltro, in altra occasione, questa Corte ha avuto modo di affermare che: "La notificazione di un atto eseguita ad un soggetto, obbligato per legge a munirsi di un indirizzo di posta elettronica certificata, si ha per perfezionata con la ricevuta con cui l'operatore attesta di avere rinvenuto la cd. casella PEC del destinatario "piena", da considerarsi equiparata alla ricevuta di avvenuta consegna, in quanto il mancato inserimento nella casella di posta per saturazione della capienza rappresenta un evento imputabile al destinatario, per l'inadeguata gestione dello spazio per l'archiviazione e la ricezione di nuovi messaggi" (Cass. n. 3164 del 2020).

Inoltre, la circostanza che un certo fatto non sia stato considerato dal giudice non implica necessariamente che quel fatto sia stato espressamente negato nella sua materiale esistenza (potendo, invece, esserne stata implicitamente negata la rilevanza giuridica ai fini del giudizio), perchè, altrimenti, si ricondurrebbe all'ambito del giudizio per revocazione, piuttosto che nell'ordinario giudizio di impugnazione, ogni fatto che non sia stato espressamente considerato nella motivazione giudiziale (Cass. n. 3200 del 2017).

Tale ultimo rilievo vale anche per l'ulteriore circostanza valorizzata da parte ricorrente che denuncia come "svista percettiva" il fatto che la sentenza impugnata non avrebbe considerato "la presenza agli atti di causa" della successiva comunicazione a mezzo PEC effettuata in data 22/23 agosto 2016. Il non averne accennato nella sentenza redatta con motivazione semplificata non significa certo che detto fatto sia stato negato nella sua materiale esistenza, potendo più semplicemente stare a significare che il Collegio ne ha disconosciuto la rilevanza giuridica ai fini del giudizio, come pure poteva fare coerentemente con l'assunto che la comunicazione si era già perfezionata il giorno 19 agosto 2016, per il solo fatto che la casella di posta del destinatario era risultata negligenzemente satura, sicchè la successiva comunicazione del 22/23 agosto ben poteva, secondo tale prospettiva, essere considerata irrilevante.

D'altro canto stabilire il dies a quo di una impugnazione compete al giudice e non al cancelliere, che non ha certo nella sua disponibilità il potere di differire il termine per l'impugnazione. Peraltro il cancelliere, ove avesse ritenuto che la mancata consegna del messaggio per mancanza di capienza della casella di posta fosse dovuta a causa non imputabile, avrebbe dovuto operare a norma del d.l. n. 179 del 2012, art. 16, comma 8, conv. in l. n. 221 del 2012, secondo cui "Quando non è possibile procedere ai sensi del comma 4 per causa non imputabile al destinatario, nei procedimenti civili si applicano l'art. 136 c.p.c., comma 3 e gli artt. 137 c.p.c. e segg....", piuttosto che "contattare" informalmente il difensore mediante posta elettronica ordinaria per avvisarlo dell'accaduto (v. pag. 5 ricorso per revocazione) e successivamente procedere ad un nuovo invio della comunicazione a mezzo p.e.c.. In ogni caso, proprio in ragione di ciò, il difensore era stato tempestivamente edotto della pubblicazione del decreto e di quanto accaduto per aver tenuto satura la casella di posta elettronica ed aveva certo tutto il tempo per porre in essere una linea difensiva prudente volta a scongiurare ogni conseguenza sfavorevole per il proprio assistito.

- 5.2 Esclusa la natura revocatoria dell'errore denunciato, vi è un ulteriore profilo autonomamente preclusivo della possibilità di accogliere il ricorso, atteso che l'art. 395 c.p.c., n. 4, circoscrive la rilevanza e decisività dell'errore di fatto al solo caso in cui esso non abbia costituito un punto controverso sul quale la sentenza abbia pronunciato.

Orbene, con l'originario controricorso il Fallimento (*omissis*) srl ha formalmente eccepito la tardività del ricorso per cassazione ed ha quindi affermato come "nel caso concreto, la mancata ricezione e presa visione del decreto di rigetto dell'opposizione allo stato passivo sia esclusivamente ascrivibile alla sfera organizzativa del legale dei ricorrenti, avendo il difensore di questi ultimi omesso di controllare con la necessaria periodicità la capienza resi-

dua della casella, di scaricare e cancellare i messaggi che ne rendevano saturata la memoria e, in definitiva, di porsi in condizione di ricevere il suddetto messaggio della cancelleria”, invocando a sostegno proprio il d.l. n. 179 del 2012, art. 16, comma 6 e consegnando la questione controversa al contraddittorio delle parti.

Su tale punto controverso la sentenza impugnata ha provveduto, condividendo l’eccezione della controricorrente, il che implica un’attività di giudizio, riguardante anche la valutazione del contenuto espositivo di atti processuali, che non è suscettibile di riesame in questa sede.

Invero, ai sensi dell’art. 395 c.p.c., n. 4 e art. 391-*bis* c.p.c., una volta che la questione sia stata esplicitamente sottoposta al contraddittorio delle parti, la pronuncia del giudice non si può configurare come pura svista percettiva, ma assume necessariamente natura di valutazione e di giudizio, sottraendosi come tale al rimedio revocatorio (cfr. Cass. n. 14929 del 2018).

6. Parimenti infondato il secondo motivo del ricorso per revocazione, con cui si lamenta un “omesso esame degli atti difensivi di parte” perchè l’ordinanza impugnata reca un inciso - “nulla peraltro avendo dedotto i ricorrenti in ordine all’eccezione sollevata” - che dimostrerebbe come il Collegio non avrebbe esaminato le difese contenute nella memoria *ex art.* 378 c.p.c., nella quale si contestava l’eccezione di tardività sollevata dal controricorrente Fallimento.

La doglianza non può trovare accoglimento, stante il principio già affermato da questa Corte, proprio in un caso di richiesta di revocazione di sentenza della Cassazione *ex art.* 391 *bis* c.p.c., secondo cui: “L’omesso esame di atti difensivi, asseritamente contenenti argomentazioni giuridiche non valutate, non può essere considerato un errore di fatto riconducibile all’art. 395 c.p.c., comma 1, n. 4” (Cass. n. 714 del 2012; non conferente invece il richiamo di parte ricorrente a Cass. n. 602 del 2018, riferita al ben diverso caso del vizio riguardante un atto interno allo stesso procedimento di legittimità relativo all’instaurazione del contraddittorio, quale l’omesso avviso di fissazione dell’udienza o della Camera di consiglio a tutte le parti costituite).

Inoltre, ferma, per quanto sopra detto, l’inidoneità a determinare un errore revocatorio ad opera della errata acquisizione di dati giuridico-fattuali realizzata attraverso l’interpretazione dei contenuti espositivi degli atti del giudizio, e, dunque, mediante attività valutativa, l’erroneità del fatto processuale affermata da parte ricorrente è priva di qualsivoglia decisività rispetto alla statuizione di inammissibilità poi assunta dalla Corte.

In punto di decisività, infatti, ai fini dell’errore revocatorio, occorre ancora una volta ribadire (v. Cass. n. 24283 del 2016 in motivazione) che “tale requisito ricorre allorchè vi sia un necessario nesso di causalità tra l’erronea

supposizione e la decisione resa; nesso che deve risultare sulla base della sola sentenza nel senso che in essa sussista una rappresentazione della realtà in contrasto con gli atti e i documenti processuali regolarmente depositati (cfr. Cass. n. 11657 del 2006; Cass. n. 75 del 1999). Tale causalità va intesa in senso non già storico, ma logico-giuridico, nel senso che non si tratta di stabilire se il giudice che ha emesso il provvedimento da revocare si sarebbe, in concreto, determinato in maniera diversa ove non avesse commesso l'errore di fatto, bensì di stabilire se la decisione della causa avrebbe dovuto essere diversa, in mancanza di quell'errore, per necessità, appunto, logico-giuridica (Cass. n. 6881 del 2014; Cass., n. 3935 del 2009; Cass. n. 6367 del 1996)".

Più di recente (Cass. n. 8051 del 2020) si è chiarito che, nella fase rescindente del giudizio di revocazione, il giudice, verificato l'errore di fatto (sostanziale o processuale) esposto ai sensi dell'art. 395 c.p.c., n. 4, deve valutarne la decisività alla stregua del solo contenuto della sentenza impugnata, operando un ragionamento di tipo controfattuale che, sostituita mentalmente l'affermazione errata con quella esatta, provi la resistenza della decisione stessa; solo ove tale accertamento dia esito negativo, nel senso che la sentenza impugnata risulti, in tal modo, priva della sua base logico-giuridica, il giudice deve procedere alla fase rescissoria attraverso un rinnovato esame del merito della controversia, che tenga conto dell'effettuato emendamento.

Nella specie, anche laddove il provvedimento impugnato venisse emendato dal preteso errore compiuto nel non aver dato atto che nella memoria *ex* art. 378 c.p.c., l'eccezione di tardività del ricorso per cassazione era stata contrastata, l'ordinanza manterrebbe intatta la sua base logico-giuridica, fondata interamente sull'assunto che il *dies a quo* per la decorrenza del termine l. Fall., *ex* art. 99, era il 19 agosto 2016, giorno in cui la comunicazione della pubblicazione del decreto del Tribunale di Varese era avvenuta a mezzo p.e.c., ma non era stata consegnata per causa imputabile ad una condotta non diligente del difensore che aveva tenuto piena la casella di posta elettronica.

Conclusivamente il ricorso per revocazione deve essere respinto.

Nulla per le spese in difetto di attività difensiva dell'intimato Fallimento. Ai sensi del d.p.r. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 *quater*, nel testo introdotto dalla l. n. 228 del 2012, art. 1, comma 17, occorre dare atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello, ove dovuto, per il ricorso, a norma dello stesso art. 13, comma 1-*bis* (cfr. Cass. SS.UU. n. 4315 del 2020).

## CONDIZIONI PER LA PUBBLICAZIONE

I lavori dovranno essere inviati, in formato word, alla casella: rivistainfortuni@inail.it. Si invita ad evitare il più possibile il ricorso alle NOTE che in ogni caso dovranno contenere esclusivamente richiami alla Bibliografia

**I lavori inviati si intendono definitivi; in caso di decisione favorevole alla pubblicazione non saranno risottoposti agli autori.**

La BIBLIOGRAFIA dovrà contenere:

- nome e cognome dell'Autore
- titolo del lavoro
  - Per giornali e riviste:* indicazione della Testata (anno e fascicolo) nel quale il lavoro è stato pubblicato
  - Per i volumi:* editore, luogo e anno di pubblicazione
- Pagine di riferimento.

I lavori dovranno essere corredati di un breve RIASSUNTO in lingua italiana e inglese.

Le OPINIONI espresse dagli Autori impegnano esclusivamente la loro responsabilità.

Agli Autori verranno inviati gratuitamente 30 ESTRATTI dei loro lavori, con un limite massimo di 100 estratti per ogni lavoro. Le copie aggiuntive - che devono essere richieste al momento dell'invio degli elaborati - saranno fornite a prezzo di costo.

Libri o altre pubblicazioni delle quali si chiede la recensione devono essere inviati al seguente indirizzo:

Redazione della  
Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali  
Inail, Direzione centrale pianificazione e comunicazione  
P.le G. Pastore, 6  
00144 Roma

## ABBONAMENTI ORDINARI

### **Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali - Anno 2020**

#### **Italia**

Euro 66.00

#### **Estero**

Euro 71.00

*L'abbonamento comprende i 3 fascicoli della Rivista, l'Indice analitico dell'annata 2020 e la Giurisprudenza degli Infortuni sul Lavoro e Malattie Professionali 2020.*

Sul sito [www.inail.it](http://www.inail.it) è disponibile la versione online della Rivista degli infortuni e delle malattie professionali, indirizzo  
<https://www.inail.it/cs/internet/comunicazione/publicazioni/rivista-infortuni.html>

L'accesso ai contenuti completi è libero fino all'annata 2018.

Dall'annata 2019, i possessori della copia cartacea possono accedere ai contenuti completi, tramite l'utilizzo delle password già fornite.

Password di accesso ai contenuti online del fascicolo 2-3/2020: RIMP2-3\_2020

### **GLI ABBONAMENTI POSSONO ESSERE SOTTOSCRITTI TRAMITE:**

- Conto corrente postale IBAN: IT32S076010320000000920009 intestato all'Inail  
Codice BIC SWIFT: BPPIITRRXXX
- Conto corrente bancario Iban: IT75B0306903201100000300010 intestato all'Inail  
Codice BIC SWIFT: BCITITMM

Effettuato il pagamento si prega di inviare la ricevuta di pagamento, unitamente agli estremi necessari per l'invio delle pubblicazioni, a:

Inail  
Direzione centrale pianificazione  
e comunicazione  
P.le G. Pastore n. 6  
00144 - ROMA  
dcpianificazione-comunicazione@inail.it

Per ulteriori informazioni rivolgersi a:  
Matilde Masini  
06/54873332  
mat.masini@inail.it



[www.inail.it](http://www.inail.it)

€ 22.00

ISSN 0035-5836