

# STUDIO LEGALE

---

00197 ROMA - VIA EUSTACHIO MANFREDI, 21 – tel. 06.45434715 – fax  
06.45439687

Avv. Vittorio LARGAJOLLI  
Avv. Michele PICCARI  
Avv. Antonio PRETEROTI  
Avv. Pietro Cesare VINCENTI  
Dott. Francesco MOLITERNI  
Dott. Angelo PRADISI  
Dott.ssa Francesca AQUILINO

---

**Oggetto: Medici in formazione specialistica – sulla qualificazione del contratto -  
sulle guardie dello specializzando con medico strutturato in reperibilità o in  
guardia interdivisionale - Profili di responsabilità – Parere *pro veritate***

## **Sulla qualificazione del contratto.**

L'art. 37, comma 1, d. lgs. n. 368 del 1999, dispone che "all'atto dell'iscrizione alle scuole universitarie di specializzazione in medicina e chirurgia, il medico stipula uno specifico contratto annuale di formazione specialistica".

L'inciso "formazione specialistica" è il risultato della modifica operata dal d. lgs. n. 266 del 2005.

In precedenza, la formula giuridica utilizzata dal legislatore era sempre stata "contratto annuale di formazione-lavoro".

Tale recente innovazione, avvenuta peraltro in coincidenza sostanzialmente con l'entrata in vigore del d. lgs. n. 368 del 1999, ha alimentato e continua ad alimentare più di una perplessità, non certo attenuate da infelici successivi interventi in tema di previdenza e fisco, sulla reale natura subordinata od autonoma della prestazione oggetto del contratto.

Non sembra potersi invero dubitare, per le ragioni di seguito enunciate, della natura subordinata del rapporto di lavoro dei medici specializzandi, e pertanto dell'applicabilità, in quanto compatibile, della normativa vigente per il lavoro subordinato in generale, giusta la locuzione "disciplinato dal presente decreto legislativo e dalla normativa per essi vigente", poiché, in quanto contratto nominato, e "provvisto di apposita disciplina legale, [...] (ad esso) si affianca la normativa generale del lavoro subordinato ove non espressamente derogata dalla ricordata disciplina speciale" (Vallebona, *La riforma dei lavori*, Padova, 2004, 65).

Com'è noto, la qualificazione di un contratto di lavoro si muove entro i due poli rappresentati da una parte dal lavoro subordinato e dall'altra dal lavoro autonomo.

L'art. 2094 c.c., definisce lavoratore subordinato "chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore".

All'estremo opposto il lavoro autonomo, che ha nel contratto d'opera la sua disciplina generale, si ha quando "una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo un'opera od un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente" (art. 2222 c.c.).

Pertanto, l'elemento discretivo primario, come da una prima lettura delle due norme, è proprio la subordinazione, ossia l'assoggettamento del lavoratore all'eterodirezione dell'attività lavorativa

In altre parole, come specificato dall'art. 2104 comma 2, c.c., il prestatore di lavoro subordinato ha l'obbligo di "osservare le disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro impartite dall'imprenditore e dai collaboratori di questo dai quali gerarchicamente dipende".

Termini quali osservanza, disposizioni, disciplina e gerarchia, certo non a caso utilizzati dal codice civile, danno il senso della differenza con il lavoro autonomo, rispetto al quale, *a contrario*, ci si limita a precisare che non sussiste vincolo di subordinazione ("senza vincolo di subordinazione"), e che, pertanto, il rapporto si caratterizza per l'autonomia di cui gode il prestatore d'opera.

In sostanza, quindi, la subordinazione ha il suo nucleo centrale nel prestare la propria attività lavorativa "alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore". Esaurita tale breve premessa, e tornando al tema della natura del rapporto di lavoro dello specializzando, occorre precisare quanto segue.

La circostanza secondo cui dalla denominazione del contratto sarebbe scomparsa la nozione di "lavoro", e sarebbe rimasta solo quella di formazione, appare allo stato del tutto irrilevante, così come del tutto ininfluyente è la solenne formula, attesa la quale il contratto di formazione specialistica "è finalizzato esclusivamente all'acquisizione delle capacità professionali inerenti al titolo di specialista" (art. 37, comma 1, d. lgs. n. 368 del 1999).

Infatti, come ha avuto più volte modo di affermare la Suprema Corte, l'attività interpretativa del giudice, rispetto allo specifico rapporto da qualificare come subordinato o autonomo, se da un lato non può prescindere dal *nomen juris*, ossia dal nome dato al contratto dalle parti in sede di stipulazione dello stesso, d'altra parte dovrà però dare prevalenza al concreto momento attuativo del rapporto stesso.

In altre parole, nell'interpretazione del contratto, dovrà osservare l'art. 1362 comma 2, c.c., ai sensi del quale "per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il loro comportamento complessivo **anche posteriore** alla conclusione del contratto".

Pertanto, la definizione del contratto di lavoro è certamente importante, il suo contenuto anche, ma in caso di contrasto tra dato cartolare e dato sostanziale, si

dovrà propendere per l'irrelevanza del *nomen juris* a fronte delle effettive modalità di svolgimento del rapporto di lavoro (*ex plurimis*: Cass. n. 20669 del 2004; Cass. n. 13375 del 2003; Cass. n. 3353 del 1979).

In quest'ottica, quindi, "l'accertamento da parte del giudice della subordinazione, rispetto alla fattispecie concreta, si fonda essenzialmente sull'effettivo comportamento delle parti" (G. Santoro Passarelli, *Lavoro autonomo, in Realtà e forma nel diritto del lavoro*, Torino, 2006, 402).

Peraltro, la Suprema Corte, proprio a causa della "fragilità qualificatoria" (così Carinci-De Luca Tamajo-Tosi-Treu, *Diritto del lavoro*, II, Il rapporto di lavoro subordinato, Torino, 2006, 18) dell'art. 2094 c.c., e perciò nelle situazioni nelle quali sia difficile accertare un chiaro assoggettamento all'eterodirezione, e soprattutto nelle "zone di confine" tra autonomia e subordinazione, ha elaborato una serie di indici della subordinazione che dovrebbero risolvere i problemi qualora una fattispecie concreta non sia riconducibile *prima facie* all'una o all'altra fattispecie astratta.

Tali indici, sulla base del cd metodo tipologico, possono essere posti a base della decisione del giudice, solo se gravi precisi e concordanti, operando pertanto un giudizio di approssimazione al tipo lavoro subordinato (non una perfetta coincidenza quindi: v. in tal senso Cass. n. 2842 del 2004; Cass. SU, n. 379 del 1999; Cass. n. 1691 del 1979).

Sono stati in concreto enucleati dalla giurisprudenza, quali indizi rivelatori di subordinazione: la continuità della prestazione, l'osservanza di un orario di lavoro, la distinzione obbligazione di mezzi-obbligazione di risultato, la personalità della prestazione, l'inserimento nell'organizzazione del datore di lavoro.

In sostanza, qualora non sia possibile operare un giudizio di piena identità tra il concreto rapporto di lavoro e la fattispecie legale astratta di cui all'art. 2094 c.c. (metodo sussuntivo), soccorrerà "il più pragmatico metodo tipologico, il cui impiego postula che l'operazione qualificatoria si compia mediante un giudizio di approssimazione della fattispecie concreta al tipo normativo" (Roccella, *Manuale di diritto del lavoro*, Torino, 2005, 32).

Tornando all'oggetto del presente parere, la normativa in tema di contratto di formazione specialistica medica presenta, anche ad un'analisi superficiale, una pluralità di elementi, tali da poter ricondurre agevolmente la tipologia contrattuale nell'alveo della subordinazione.

Innanzitutto proprio l'elemento formativo milita decisamente a favore della qualificazione della fattispecie come lavoro subordinato.

Infatti, nel nostro ordinamento, tutti i contratti che prevedono, nella causa del contratto, la formazione impartita dal datore di lavoro (contratto di formazione e lavoro, l. n. 863 del 1984 e ss. mod.; contratto di apprendistato, art. 2130 e ss. c.c. e art. 47 e ss. d. lgs. n. 276 del 2003; secondo alcuni anche il contratto di inserimento, art. 54 e ss. d. lgs. n. 276 del 2003) sono invariabilmente inquadrati come contratti di lavoro subordinato.

In pratica, in questo tipo di contratti, la formazione viene "svolta all'interno di un vero e proprio contratto di lavoro subordinato, la cui causa si arricchisce con

l'obbligo formativo anche esterno gravante sul datore di lavoro" (Vallebona, *La riforma dei lavori*, cit., 65), configurando in tal modo non più un semplice scambio tra lavoro e retribuzione, bensì un contratto a causa mista in cui, come detto, oltre al trattamento economico, il datore di lavoro si obbliga ad impartire una formazione.

Pertanto, in quest'ottica, come nell'apprendistato (art. 2134 c.c.), che costituisce il paradigma, anche per ragioni storiche, di tutti i contratti formativi, anche al contratto di formazione specialistica in medicina e chirurgia, proprio in quanto contratto a causa mista e perciò speciale, si applicano, salva la compatibilità, le norme relative al lavoro subordinato previste per la generalità dei lavoratori.

L'unica eccezione è costituita dai tirocini formativi e di orientamento (cd stage), di cui all'art. 18, l. n. 196 del 1997, per i quali è però espressamente previsto che non costituiscono rapporti di lavoro né autonomi né tantomeno subordinati, né è prevista alcuna indennità od emolumento a favore del tirocinante, salvo solo eventualmente un rimborso spese (art. 18, comma 1, lett. d)).

E' prevista inoltre, la corresponsione di un trattamento economico annuo onnicomprensivo.

Non è in questo caso eccessivamente arduo comprendere che se una retribuzione è prevista (utilizza espressamente il termine "retribuzione", l'art. 37, comma 6), evidentemente è previsto lo svolgimento di una qualche attività lavorativa.

Il comma 7, art. 37, d. lgs. n. 368 del 1999, prevede poi che le eventuali controversie tra specializzando e datore di lavoro sono devolute all'autorità giudiziaria ordinaria ai sensi del d. lgs. n. 80 del 1998.

Tale riferimento legislativo è frutto di una disattenzione del legislatore del 2005 che ha, in più punti modificato il d. lgs. 368, in quanto il riferimento andrebbe oggi operato con il d. lgs. n. 165 del 2001. Ciò che interessa ai nostri fini, in ogni caso, è che il d. lgs. n. 165 del 2001, cd Testo unico sul pubblico impiego, all'art. 2, comma 2, dispone che il rapporto di lavoro è disciplinato dalle norme del codice civile e "dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto".

E' poi previsto (art. 38 comma 3, d. lgs. n. 368 del 1999), che il medico in formazione nella graduale assunzione di compiti assistenziali e nell'esecuzione di interventi con autonomia, resti **vincolato** "alle direttive ricevute dal tutore".

Il comma 4, stesso articolo, è ancora più esplicito: "**i tempi e le modalità di svolgimento dei compiti** assistenziali nonché la tipologia degli interventi che il medico in formazione specialistica deve eseguire sono **concordati dal Consiglio della scuola con la direzione sanitaria e con i dirigenti** responsabili delle strutture delle aziende sanitarie presso le quali lo stesso svolge la formazione".

Com'è noto, uno dei criteri distintivi tra lavoro subordinato e lavoro autonomo (anche parasubordinato) è la determinazione dei tempi e delle modalità di esecuzione della prestazione dedotta in contratto, che **nel lavoro subordinato è imposta dal datore di lavoro, mentre nel lavoro autonomo è concordata tra le parti (coordinazione), o decisa in autonomia dal lavoratore.**

In altri termini il lavoratore autonomo si differenzia da quello subordinato, “perché il primo può determinare autonomamente o d’accordo con il datore non solo le modalità, ma anche il luogo ed il tempo dell’adempimento” (G. Santoro Passarelli, *Lavoro autonomo*, cit., 412).

Da ultimo poi, la finanziaria 2008, ha espressamente escluso per i medici, anche specializzandi, l’applicabilità dell’art. 7, d. lgs. n. 66 del 2003, in tema di riposo giornaliero.

In sostanza, mentre la generalità dei lavoratori ha diritto a undici ore di riposo consecutivo ogni ventiquattro, i medici ne risultano esclusi.

Tale novella, per quanto criticabile, fornisce ulteriore e sicuro elemento di prova per il ragionamento complessivo.

Infatti, è agevole dedurre che se il legislatore ha ritenuto di dovere espressamente escludere il medico dalla garanzia del riposo giornaliero di cui all’art. 7, d. lgs. n. 66 del 2003, ciò significa che tutto il resto della normativa deve trovare, nei suoi confronti, pacifica applicazione.

In virtù poi, del rinvio operato dall’art. 40 del d. lgs. n. 368 del 1999, al regime orario dei medici strutturati, tale normativa trova sicura applicazione anche nei confronti del medico in formazione specialistica.

E non è poco.

La normativa contenuta nel d. lgs. n. 66 del 2003, come detto, concerne l’orario di lavoro, le ferie, i riposi etc., in breve i tempi di lavoro.

Pertanto, essa trova applicazione non solo nei confronti di **lavoratori** (chi non lavora non ha un orario di lavoro, non ha ferie etc.), ma soprattutto di **lavoratori subordinati**, giacché i lavoratori autonomi non possono per definizione avere un orario di lavoro.

Anche sulla questione delle assenze per motivi personali e gli impedimenti temporanei, gioverà spendere qualche parola.

Giusto il principio per cui *in claris non fit interpretatio*, nessun dubbio vi può essere, dato il tenore letterale dell’art. 40, comma 3, d. lgs. N. 368 del 1999, sul fatto che solo le assenze per malattia, gravidanza e servizio militare superiori a quaranta giorni devono essere recuperate, in quanto “sospendono il periodo di formazione, fermo restando che l’intera sua durata non è ridotta a causa delle suddette sospensioni”.

Pertanto, gli impedimenti per malattia e gravidanza da quaranta giorni o meno non devono essere recuperati, in quanto non determinano alcuna sospensione della formazione.

In altre parole, il legislatore ha evidentemente ritenuto che impedimenti di breve durata, la cui soglia è stata posta sui quaranta giorni, non impedisce allo specializzando di mantenere la necessaria continuità dell’apporto formativo.

Né può essere presa seriamente in considerazione l’ipotesi di far scontare al medico in formazione i giorni di malattia dai trenta giorni annuali di assenza per motivi personali.

L’assenza per motivi personali, infatti, è agevolmente inquadrabile nell’istituto delle ferie retribuite, diritto “irrinunciabile” del lavoratore, anche dalla

Costituzione garantito (art. 36, comma 3, Cost.; art. 2109, comma 2, c.c; art. 10, comma 1, d. lgs. n. 66 del 2003).

La finalità delle ferie, e tale è il motivo della enunciata loro irrinunciabilità da parte dello stesso lavoratore, è il recupero delle energie psico-fisiche e la realizzazione di esigenze anche ricreative personali e familiari.

Per tale motivo, tanto la Corte costituzionale, quanto la Corte di cassazione, hanno, l'una affermato, l'altra ribadito, il principio secondo cui le **ferie sono incompatibili con la malattia**, la quale *ne sospende il decorso* dal momento della comunicazione, da parte del lavoratore, dell'insorgenza della malattia stessa (Corte cost. n. 616 del 1987; conf. Cass. n. 8016 del 2006).

Per concludere sul punto, questo tipo di indizi disseminati nel d. lgs. n. 368 del 1999, già di per sé rendono esplicita, a livello normativo, la caratterizzazione del rapporto di lavoro dello specializzando, non solo come attività anche lavorativa, ma anche e soprattutto come lavoro subordinato.

Se poi ciò non dovesse essere ritenuto sufficiente, e si tentasse di sostenere la tesi che il legislatore stesso non ha voluto qualificare il rapporto né come subordinato, né come autonomo, ovvero che implicitamente (v. *infra* sulla questione della iscrizione alla gestione previdenziale dei co.co.co.) lo abbia qualificato come autonomo, si avrebbero due tipologie di risposte.

Quanto alla prima ipotesi, non è nemmeno concepibile che si possa non qualificare una prestazione lavorativa: il lavoro si qualifica da sé.

In altre parole, nel momento in cui una qualche attività lavorativa viene nei fatti prestata, l'unico problema sarà capire se si tratta di lavoro subordinato o autonomo, a nulla rilevando che il legislatore non definisca espressamente il lavoro prestato (circostanza questa che nel nostro caso non si verifica, atteso che sotto vari aspetti – trattamento economico, soggezione alle direttive e controlli – nel d. lgs. n. 368 del 1999 si inteso dare esplicita regolazione ad un rapporto di lavoro vero e proprio).

In tal senso, la Suprema Corte ha in varie occasioni ribadito che ogni attività umana economicamente rilevante può essere svolta in forma autonoma o subordinata, a seconda delle modalità concrete del suo svolgimento (Cass. n. 8307 del 2006; Cass. n. 6355 del 1999).

Pertanto, in ogni caso, la prestazione del medico specializzando, per quanto benefici della formazione impartitagli, resta pur sempre prestazione lavorativa, che, qualora il legislatore dimentichi di qualificare, sarà definita come subordinata o autonoma a seconda delle concrete modalità attuative.

Quanto alla seconda tesi sopra richiamata, il legislatore del 2005, nell'eliminare l'espressione "lavoro" dalla definizione del contratto, ben sapeva che più in là non poteva spingersi, perché anche qualora il legislatore stesso avesse voluto qualificare espressamente il contratto come autonomo, ciò non avrebbe impedito una diversa conclusione.

Infatti, la Corte Costituzionale, con due famose sentenze, n. 115 del 1994, e n. 121 del 1993, oltre ad affermare il già enunciato principio secondo cui se "il contenuto concreto del rapporto e le sue effettive modalità di svolgimento – eventualmente

anche in contrasto con le pattuizioni stipulate e con il *nomen juris* enunciato – siano quelli propri del rapporto di lavoro subordinato, solo quest’ultima può essere la qualificazione da dare al rapporto” (Corte Cost. n. 115 del 1994), ha fatto anche un passo ulteriore.

Ha precisato che né le parti del contratto, e **né il legislatore**, sarebbero abilitate a negare “la qualificazione giuridica di rapporti di lavoro subordinato a rapporti che oggettivamente abbiano tale natura” (cd **principio di indisponibilità del tipo contrattuale**, su cui v. D’Antona, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 1995, 63 e ss.).

Il Giudice delle leggi, nello specifico, aveva dichiarato l’illegittimità costituzionale di alcune norme che avevano a priori qualificato come prestazioni d’opera e prestazioni professionali, ossia lavoro autonomo, l’attività lavorativa di alcuni dipendenti di enti locali.

La ragione di ciò riposerebbe nel fatto che le norme di protezione giuridica del lavoratore subordinato, in quanto trovano fonte primaria nella Costituzione, “debbono trovare attuazione ogni qual volta vi sia, nei fatti, quel rapporto economico-sociale”.

In sostanza nemmeno il legislatore può a priori definire un contratto di lavoro come autonomo quando in realtà le concrete modalità attuative parlano di subordinazione tecnico-funzionale.

Ovvero, da altro punto di vista, qualora le concrete ed oggettive modalità di attuazione del rapporto di lavoro del medico specializzando presentino i tratti del lavoro subordinato, il d.lgs. n. 368 del 1999, se interpretato nel senso dell’autonomia del rapporto di lavoro, dovrebbe considerarsi incostituzionale per violazione del principio di indisponibilità e tassatività del tipo contrattuale.

### **Sulle guardie dello specializzando con medico strutturato in reperibilità o in guardia interdivisionale.**

Altro aspetto sul quale è stata sollecitato il presente parere *pro veritate* è la questione delle guardie notturne effettuate dallo specializzando con il medico strutturato in turno di reperibilità o in guardia interdivisionale.

Il medico strutturato, in altre parole, assente fisicamente dal reparto cui è adibito lo specializzando, in tale schema organizzativo, come si legge nei protocolli attuativi di alcune aziende ospedaliere, sarebbe obbligato ad intervenire in caso di consulenze specialistiche non differibili richieste dai singoli dipartimenti o in caso di chiamata da parte dello specializzando presente nei reparti.

In particolare il punto controverso è se tale organizzazione del servizio sanitario debba incidere sulle attribuzioni e mansioni di spettanza dello specializzando stesso.

Da altro punto di vista, occorre chiedersi se l’assenza fisica del medico strutturato al momento della necessità di un intervento di natura specialistica, possa in alcun

modo determinare, in capo allo stesso specializzando, un obbligo di intervento in prima persona.

Occorre subito premettere come non sembra potersi contestare la legittimità dell'adibizione del medico in formazione, ai vari turni di guardia, anche notturna.

E' proprio lo *status* di lavoratore subordinato che consente di inquadrare come tipico potere del datore di lavoro quello di stabilire i turni di lavoro, e per converso, l'obbligo del lavoratore di osservare "le disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro impartite" dal datore di lavoro stesso (art. 2104 c.c.).

Detto questo, sarà utile premettere sin d'ora che l'eventuale assenza fisica del medico strutturato durante il turno di guardia dello specializzando non cambia il fatto incontestabile che l'attività di medico specialista è consentita nel nostro ordinamento solo a chi abbia con successo completato un intero ciclo pluriennale di formazione lavoro, della durata minima stabilita dalla legge, ed abbia inoltre conseguito il relativo diploma (art. 20, d. lgs. n. 368 del 1999).

In difetto di tali requisiti e condizioni, il soggetto che comunque compia anche un solo atto di esercizio dell'attività di medico specialista, integra il reato di esercizio abusivo di una professione *ex art. 348 c.p.*, con il concorso di chi ha ordinato di eseguire l'intervento ai sensi dell'art. 110 c.p., in quanto "se un fatto costituente reato è commesso per ordine dell'Autorità, del reato risponde sempre il pubblico ufficiale che ha dato l'ordine" (art. 51 c.p.; su tale aspetto *v. infra*).

L'attività del medico strutturato specialista, com'è noto, comporta lo svolgimento e di generica attività assistenziale, e di interventi di medicina non specialistica, nonché di altri interventi di natura prettamente specialistica.

Il medico in formazione specialistica, da parte sua, affianca il medico strutturato ("sotto la guida di tutori", art. 38, d. lgs. n. 368 del 1999), ed è obbligato a "seguire, con profitto, il programma di formazione svolgendo le attività teoriche e pratiche previste dagli ordinamenti e regolamenti didattici" (art. 38).

In tal senso il medico in formazione specialistica può certamente essere chiamato a svolgere tanto attività assistenziale generica, quanto interventi di medicina non specialistica, ma sicuramente non interventi di natura specialistica, salvo quegli specifici interventi che il **su**o tutor ritenga, sempre sotto la sua guida (art. 38), che quel determinato specializzando sia in grado di compiere, avendo accertato tale competenza durante tutto il corso di formazione teorico-pratica.

Si tenga conto che tale limitata apertura alla possibilità che, sotto la guida del tutor, quel singolo specializzando possa svolgere alcuni interventi di natura specialistica, che per l'appunto, a parere del tutor, egli è in grado di compiere, è anche l'unica permessa dal tenore letterale e dalla *ratio* desumibile dall'intero *corpus* di norme concernenti i medici in formazione specialistica.

L'art. 20, l. n. 368 del 1999 stabilisce che il conseguimento del diploma di medico chirurgo specialista consegua ad un adeguato periodo di formazione specialistica la cui durata minima "non può essere inferiore a quanto indicato nell'allegato D", ovvero la durata legale del corso, di entità variabile a seconda della specialità intrapresa.

A ben vedere però, il nucleo essenziale dell'intera questione ruota attorno all'interpretazione del comma 3 dell'art. 38, d. lgs. n. 368 del 1999.

Tale disposizione recita: "La formazione del medico specialista implica la partecipazione guidata alla totalità delle attività mediche dell'unità operativa presso la quale è assegnato dal Consiglio della scuola, nonché la graduale assunzione di compiti assistenziali e l'esecuzione di interventi con autonomia vincolate alle direttive ricevute dal tutore, di intesa con la direzione sanitaria e con dirigenti responsabili delle strutture delle aziende sanitarie presso cui si svolge la formazione. In nessun caso l'attività del medico in formazione specialistica è sostitutiva del personale di ruolo".

Questa norma è centrale nel sistema del d. lgs. n. 368 del 1999, nel delineare i confini di ciò che è consentito richiedere, e specularmente ciò che è obbligato a fare, lo specializzando.

Innanzitutto si apprende agevolmente che la formazione del medico specializzando implica "la partecipazione guidata" alle varie attività.

Pertanto, la formazione viene impartita ad uno specializzando che "partecipa", sotto la "guida" del tutor, o comunque di uno strutturato.

I termini partecipazione guidata implicano, per tenore letterale, la presenza di un altro soggetto oltre allo specializzando.

Tale ulteriore soggetto, inoltre, non è un medico qualsiasi, bensì è il tutor dello specializzando stesso (art. 38, comma 1).

Già da tale rilievo, che emerge dal senso logico, prima ancora che giuridico, delle parole utilizzate dal legislatore del 1999, se ne deduce agevolmente che lo specializzando che in solitaria gestisce il suo reparto nelle ore notturne, non si limita certo ad una mera partecipazione, essendo al contrario il protagonista assoluto e, come detto solitario, delle attività da svolgere.

Ma v'è di più.

Il comma 3 infatti, nel successivo periodo, prevede la graduale assunzione di compiti assistenziali e l'esecuzione di interventi con autonomia.

Graduale assunzione significa, com'è pacifico, che l'insegnamento che il datore di lavoro impartisce al medico in formazione è necessario all'acquisizione del qualifica ed ottenimento del diploma di medico specialista.

Tale insegnamento pertanto, coincide temporalmente con la durata del corso legale della specializzazione, né prima, né dopo.

Come in qualsiasi contratto di questo tipo, la formazione impartita deve permettere di acquisire gradualmente le "qualificazioni corrispondenti a quelle cui è finalizzato il contratto" (Mazzotta, *Diritto del lavoro*, Milano, 2005, 771).

Quindi il contratto di formazione specialistica, per quanto definito annuale, permette di acquisire la qualifica di medico chirurgo specialista solo al termine, *ex lege* ritenuto congruo, del complessivo periodo pluriennale di formazione.

Tale conclusione è confermata dall'art. 1, commi 3 e 4, l. n. 175 del 1992, ai sensi del quale "l'uso della **qualifica di specialista** è consentito **soltanto** a coloro che abbiano conseguito il relativo **diploma** ai sensi della normativa vigente" (comma 3).

“Il **medico non specialista** – prosegue il comma 4 - può fare menzione della particolare disciplina specialistica che esercita, con espressioni che ripetano la denominazione ufficiale della specialità e che non inducano in errore o equivoco sul possesso del titolo di specializzazione, quando abbia svolto attività professionali nella disciplina medesima per un **periodo almeno pari alla durata legale del relativo corso universitario di specializzazione** presso strutture sanitarie o istituzioni private a cui si applicano le norme, in tema di Autorizzazione e vigilanza, di cui all’articolo 43 della legge 23 dicembre 1978 n. 833. L’attività svolta e la sua durata devono essere comprovate mediante attestato rilasciato dal responsabile sanitario della struttura o istituzione. Copia di tale attestato va depositata presso l’ordine provinciale a medici-chirurghi e odontoiatri. Tale attestato non può costituire titolo alcuno ai fini concorsuali e di graduatoria”.  
Risulta chiaro, anche da queste normative particolari, che la durata legale del corso, se non direttamente il conseguimento del relativo diploma, sono le uniche ipotesi in cui la legge riconosce al medico quel determinato bagaglio professionale comparabile a quello dello specialista.

Preme poi precisare, per tornare al comma 3 dell’art. 38, d. lgs. n. 368 del 1999, *contra* talune interpretazioni della norma che hanno esaltato il riferimento all’autonomia dello specializzando, che l’utilizzo dell’espressione “autonomia” risulta di fatto immediatamente depotenziato dal successivo “vincolate alle direttive ricevute dal tutor”.

In altri termini, se da una parte il concetto di autonomia evoca la capacità di decidere da soli, dall’altra parte il vincolo alle direttive altrui, implica la contraria nozione dell’eterodirezione, ossia la soggezione alle altrui decisioni.

Tale ambiguità del dettato normativo, dovuto all’infelice formula utilizzata dal legislatore, non modifica il fatto che dei due concetti, in caso di conflitto, l’accento vada messo più sul vincolo alle direttive che non sull’autonomia dello specializzando.

Chè poi, è veramente difficile da concepire l’autonomia di un soggetto che non sa cosa deve fare, ed ha bisogno delle direttive di un altro soggetto più esperto.

Infatti, nel lavoro autonomo, si presume che il prestatore d’opera abbia già la competenza necessaria, atteso che il committente “chiede l’esecuzione esperta della prestazione” (Perulli, *Il lavor autonomo. Il contratto d’opera e il contratto d’opera intellettuale*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Milano, 2006, 60).

Da altra visuale, si può anche affermare che l’autonomia dello specializzando può esplicarsi solo entro i limiti dettati dalle direttive dal tutor medico strutturato.

Pertanto, anche a voler ritenere non necessaria la presenza fisica costante del tutor o di un medico strutturato che guidi in ogni istante lo specializzando, è comunque compito che non spetta al medico in formazione in guardia notturna, stabilire se *quel* medico in formazione possa o non possa svolgere un determinato intervento, atteso che la sua limitata autonomia necessita comunque sempre delle direttive del tutor.

Inoltre, molto probabilmente, il più delle volte, il medico strutturato presente in guardia interdivisionale o in pronta reperibilità, non sarà il tutor dello

specializzando, e pertanto, al di là di interventi di natura specialistica, in ogni caso non consentiti al medico in formazione, non potrà sapere quali sono in concreto quegli specifici “interventi con autonomia” (comma 3) che il singolo specializzando è in grado di compiere, tale circostanza essendo nota solo al *suo* tutor.

Ciò con l'ulteriore conseguenza che, non essendo il medico in formazione abilitato a stabilire quali siano gli interventi che può o non può effettuare, e, molto probabilmente, non essendo lo strutturato di guardia il suo tutor, lo stesso specializzando dovrà risolversi a richiedere **sempre** l'intervento diretto del medico in guardia interdivisionale o in pronta reperibilità (salvo poi essere autorizzato ad intervenire in prima persona per un intervento ritenuto, a giudizio del medico strutturato, non specialistico).

L'ultimo periodo del comma 3, poi, è concepito in maniera talmente netta che la lapidaria affermazione ivi contenuta non può lasciare spazio a dubbi di sorta: “in nessun caso l'attività del medico in formazione specialistica è sostitutiva del personale di ruolo”.

Tale norma, al di là dell'evidente ampiezza del suo campo di applicazione (“in nessun caso”, e non ad es. “salvo il caso di”, o “di regola” etc.), permette di enucleare un importante principio: l'attività dello specializzando e quella del medico strutturato sono due attività qualitativamente differenti.

Ciò impedisce *tout court* anche solo di pensare di poter adibire il medico in formazione specialistica in sostituzione, nell'ambito della guardia medica, del medico strutturato in pronta reperibilità o come guardia interdivisionale.

Per meglio specificare, l'enunciato divieto di sostitutività impedisce, a parere dello scrivente, non tanto di poter adibire lo specializzando al turno di guardia notturna, che invece rientra nei poteri del datore di lavoro, quanto di configurare come lecita un'organizzazione del personale ospedaliero tale che allo specializzando venga richiesto di svolgere attività ed interventi specialistici che, eventualmente, il medico strutturato in pronta reperibilità o in guardia interdivisionale, ritenga di non poter effettuare di persona, perché in ipotesi contemporaneamente impegnato in altra equivalente attività.

Infatti, ed anche a tutela del fondamentale diritto alla salute del cittadino (prima ancora che paziente), costituzionalmente garantito dall'art. 32 Cost., deve **“sempre essere presente, o disponibile per la consultazione e l'eventuale tempestivo intervento, un medico universitario o ospedaliero, che il medico in formazione specialistica possa attivare in ogni circostanza”**. Tale medico universitario od ospedaliero, inoltre, dovrà appartenere ad **“area funzionale omogenea”** (cfr. Accordo attuativo, per l'Azienda Ospedaliero Universitaria di Bologna, del Protocollo d'intesa tra Regione ed Università dell'Emilia Romagna, 08.05.2008; certo l'opportuno riferimento all'area funzionale omogenea pone più di una perplessità sulla stessa ipotesi di guardie interdivisionali afferenti ad unità operative non omogenee).

## Profili di responsabilità.

Il medico in formazione che si trovi ad operare, stante l'assenza e la non pronta reperibilità (ipotesi tutt'altro che inverosimile) del medico in pronta reperibilità, corre il rischio di commettere fatti penalmente rilevanti sotto almeno un paio di profili.

La questione è se lo specializzando in turno di guardia, a fronte della necessità di un intervento di natura specialistica, o perlomeno che egli ritenga tale, sia o meno obbligato ad operare nell'immediatezza in prima persona o se si debba limitare a chiamare il medico in pronta reperibilità o in guardia interdivisionale.

Pertanto, dovrà prioritariamente valutarsi se, in caso di mancato intervento dello specializzando, sia o meno integrato il **reato di omissione di atti d'ufficio** ex art. 328 c.p. ai sensi del quale "il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio, che indebitamente rifiuta un atto del suo ufficio che, per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o di igiene e sanità, deve essere compiuto senza ritardo, è punito con la reclusione da sei mesi a due anni".

In particolare, per quanto riguarda le professioni mediche, secondo consolidato orientamento delle sezioni penali della Corte di Cassazione, "nell'ipotesi in cui un sanitario addetto al servizio di guardia medica non aderisca alla richiesta di intervento urgente, sussiste il reato di omissione di atti d'ufficio solo quando sia comprovato che l'urgenza prospettata era effettiva e reale" (Cass. Pen. n. 35035 del 2005; il caso di specie riguardava un sanitario in servizio di guardia medica il quale, sebbene richiesto espressamente dagli infermieri, aveva rifiutato la visita personale a due pazienti, limitandosi a prescrivere a mezzo telefono un antibiotico. In tale situazione la Suprema Corte ha ritenuto corretta la sentenza di secondo grado che aveva assolto il medico, in quanto lo stesso aveva ben valutato, secondo scienza e coscienza e sulla base di quanto rappresentatogli, l'insussistenza di aspetti di obiettiva gravità e urgenza nelle condizioni dei pazienti, tali da giustificare un'immediata visita e da escludere la sufficienza delle sole indicazioni telefoniche. V. anche Cass. Pen. n. 2335 del 1985).

Il medico in servizio di guardia è tenuto ad effettuare al più presto tutti gli interventi che siano richiesti dall'utente o dalla necessità; ed anche se non può negarsi al sanitario di valutare la necessità di visitare il paziente sulla base del quadro clinico prospettato, tale discrezionalità ben può essere sindacata dal giudice di merito sulla base degli elementi di prova sottoposti al suo esame (Cass. Pen. n. 33018 del 2005, in cui il medico di turno presso la guardia medica di un presidio ospedaliero è stato ritenuto responsabile del reato in questione, in considerazione del fatto che in seguito, il paziente, per iniziativa di un vicino di casa, era stato accompagnato al pronto soccorso e quindi ricoverato nel reparto di chirurgia; Cfr. Cass. Pen. n. 8837 del 1999, fattispecie nella quale è stato ravvisata la condotta penalmente rilevante a carico di un medico di guardia che, richiesto telefonicamente da soggetto affetto da morbo di Crohn, anziché intervenire personalmente con la necessaria somministrazione per endovena di medicinale antiemorragico, si era limitato a prescrivere un medicinale per via orale).

Inoltre, la discrezionale valutazione del medico di guardia sulla necessità ed urgenza dell'intervento, non può prescindere dalla conoscenza del quadro clinico del paziente, acquisita dal medico, mediante richiesta di indicazioni precise circa l'entità della patologia dichiarata (Cass. Pen. n. 34047 del 2003).

Tale ipotesi di reato però, come detto, non attiene all'attività di guardia del medico in formazione specialistica, il quale non può compiere interventi di natura specialistica.

Infatti, l'art. 328 c.p. si riferisce ad un "atto del suo ufficio", per cui se lo specializzando, non ritenendosi competente ad operare rispetto ad un determinato problema, perché coinvolgente cognizioni specialistiche che lo stesso al momento non può avere, rifiuta detto intervento, non rifiuta un atto del "suo ufficio", e pertanto non integra gli estremi della citata norma.

Semmai, la giurisprudenza di cui sopra in tema di omissione e rifiuto di atti d'ufficio sembra ben attagliarsi alla posizione del medico strutturato in pronta reperibilità o in guardia interdivisionale, sollecitato dallo stesso specializzando per un intervento indifferibile.

In sostanza, integrerà gli estremi del reato in questione non l'attività dello specializzando che sollecita un intervento specialistico, astenendosi giustamente dall'operare in prima persona, bensì semmai la condotta del medico specialista tenuto all'intervento, e che, a suo rischio, decida eventualmente di non intervenire. Esclusa l'ipotesi di cui all'art. 328 c.p., si può ora esaminare la condotta che in concreto dovrà tenere lo specializzando per andare esente da responsabilità, esaminando la norma dalla quale "nasce un *dovere generale* di assistenza" (così Antolisei, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2002, 123).

L'art. 593 c.p. in tema di **omissione di soccorso**, al comma 2, punisce la condotta di chi, "trovando un corpo umano che sia o sembri inanimato, ovvero una persona ferita o altrimenti in pericolo, omette di prestare l'assistenza occorrente o di darne immediato avviso all'autorità".

Pertanto, non è difficile comprendere che al medico in formazione sarà sufficiente tenere uno dei due comportamenti richiesti dalla norma.

In parole povere, se lo specializzando ritiene di poter intervenire sulla scorta delle conoscenze di un qualunque medico generico, allora potrà prestare l'assistenza occorrente (con ciò intendendosi quella necessaria ed appropriata); sul punto v. Cass. Pen. n. 88421 del 1973 secondo cui è stato ritenuto responsabile del delitto di omissione di soccorso il medico che, invitato da un agente di pubblica sicurezza a prestare soccorso ad un individuo, aveva rifiutato una visita vera e propria, limitandosi a consigliare di chiamare un'autoambulanza per il ricovero in ospedale.

Lo specializzando pertanto, dovrebbe astenersi da interventi che esulino dalle sue certificate competenze di medico generico (se non sotto la guida e le direttive del medico strutturato **tutor**), stante l'orientamento dei Giudici di Legittimità secondo cui, una volta deciso di prestare assistenza al paziente, tale attività assistenziale dovrà essere diretta a portare le occorrenti, utili, adeguate e necessarie (Antolisei,

cit, 124) forme di aiuto e soccorso a favore del soggetto in pericolo (Cass. Pen. n. 88421 del 1973).

Se al contrario il medico in formazione non si riterrà in grado di intervenire, perché attività di natura specialistica, andrà esente da qualsiasi responsabilità semplicemente dando "immediato avviso all'autorità" (nel caso di specie, evidentemente, il medico in pronta reperibilità o in guardia interdivisionale).

A ben vedere, poi, la scelta del discriminare tra attività "generica" e attività "specialistica" (la prima consentita, la seconda preclusa allo specializzando) non può essere stabilita dal medico in formazione, che non può avere la necessaria competenza e maturità per tale decisione.

Tale scelta compete invero sempre e comunque al medico strutturato in pronta reperibilità o in guardia interdivisionale, il quale dovrà decidere se allo specializzando compete o meno l'intervento, giacché "per quanto la legge sembri equiparare nell'alternativa l'obbligo di assistenza a quello di avviso, non vi è dubbio che, se è indispensabile un'assistenza immediata e il soggetto è in grado di prestarla, egli è tenuto in primo luogo a fornire il soccorso" (ancora Antolisei, cit, 125).

In definitiva, quindi, al medico in formazione conviene sempre e comunque dare immediato avviso al medico strutturato tenuto ad intervenire, piuttosto che operare una scelta discrezionale ed empirica tra ciò che ritiene di poter fare e ciò che ritiene di non saper fare.

Rimane inoltre l'astratta configurabilità del reato di **esercizio abusivo della professione** (art. 348 c.p.), per il medico in formazione specialistica che operi da specialista, atteso il tenore letterale della norma incriminatrice, ai sensi della quale "chiunque abusivamente esercita una professione per la quale è richiesta una speciale abilitazione della Stato, è punito con la reclusione fino a sei mesi o con la multa da euro 103 a euro 516".

Orbene, la disposizione è stata prevalentemente usata rispetto alle professioni cd protette, ovvero quelle per l'esercizio delle quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi od elenchi ai sensi dell'art. 2229 c.c. (fra le tante: Cass. Pen. n. 27329 del 2005; Cass. Pen. n. 9062 del 2005), mentre il conseguimento del diploma di specialista non implica l'iscrizione in uno specifico albo dello specialista.

D'altra parte però, l'interpretazione letterale della norma non lascia adito a dubbi: nella stessa infatti, si fa riferimento esclusivamente alla professione per la quale è richiesta una speciale abilitazione dello Stato, come quella richiesta per potersi fregiare del titolo di medico specialista (v. conforme sul punto Cass. Pen. n. 3072 del 1985, secondo cui integra la condotta di tentato esercizio abusivo di professione medica specialistica il comportamento di chi distribuisca biglietti da visita nei quali si qualifichi medico specialista, non esercitando effettivamente solo per effetto dell'intervento della polizia giudiziaria).

Peraltro, in tale situazione, il medico specializzando potrebbe sempre avvalersi della disposizione di cui all'art. 51, comma 3, c.p. ai sensi della quale risponde del reato, oltre a chi ha impartito la direttiva, anche chi ha eseguito l'ordine, "salvo che, per errore di fatto, abbia ritenuto di obbedire a un ordine legittimo".

D'altra parte, il medico eventualmente richiesto di prestazioni specialistiche potrebbe semplicemente rifiutarsi, avvalendosi dell'eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.), istituito mediante il quale il contraente fino a quel momento adempiente, a fronte di un inadempimento della controparte (nel caso di specie, l'ordine di svolgere una mansione illegittima perché contraria a norma imperativa), "può legittimamente rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione se l'altro non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la propria" (Carnevali, *La risoluzione del contratto*, in Bessone (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*, 2007, 731).

In parole povere, qualora il medico in formazione ritenga che l'attività che il medico in pronta reperibilità o in guardia interdivisionale ha ordinato di svolgere perché impossibilitato ad intervenire direttamente, sia di natura specialistica, allora potrebbe reagire rifiutandosi di eseguire l'attività stessa.

Ovviamente, il soggetto in questione si assumerà tutti i rischi di una eventuale ritorsione da parte del datore di lavoro, sul piano disciplinare e giudiziario, nonché il rischio che l'eventuale sentenza, all'esito del giudizio, qualifichi come illegittimo il rifiuto da parte del medico specializzando di effettuare la prestazione richiestagli, accollandogli, sul piano civile e/o penale, le conseguenze dell'omissione di intervento.

In ogni caso, qualora dal disservizio causato dall'assenza in reparto del medico specialista strutturato, dovesse prodursi un qualche danno alla salute dei pazienti, ne risponderà, secondo i consueti criteri della responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c., la struttura sanitaria, anche per difetti di organizzazione, nonché il medico strutturato (e non lo specializzando) per responsabilità professionale da contatto sociale (v. su tutte Cass. civ. Sez. Un. n. 577 del 2008, ed in particolare sull'onere probatorio del paziente danneggiato).

Roma, 10.06.2008

Avv. Michele Piccari