

# Specialisti ambulatoriali interni: il quadro normativo e le possibili prospettive future

Marco Olivi

**Abstract** We are going to examine the character of the specialist doctors in surgery with the health organisation has to confront. In this way, nowadays 'the rule of incompatibility' is wrong for the health organisation. Changing law about this matter is necessary and, on balance, the agreement rules. Waiting for this change, we consider the law in development, which allows to change the agreement rules. This is the way: realizing the difference between the cases of incompatibility due to conflicting interests and the cases of incompatibility due to the necessity of assuring the public institution of the complete physician's availability. The former are justified and the latter aren't justified by the public organization. By this way we suggest the change of collective agreements replacing forbidding with authorisation to practise medicine.

In generale l'individuazione di una figura professionale dal punto di vista giuridico si presenta come un problema di qualificazione secondo modelli tipici prefigurati dall'ordinamento, quindi modellati non solo dal legislatore, ma anche dalla giurisprudenza, dalla dottrina e dalla prassi.

La qualificazione giuridica, sempre in generale, assolve allo scopo di costituire uno strumento di identificazione degli effetti giuridici, perché vale come espressione riassuntiva di una determinata disciplina.

Così, per esempio, se si qualifica una determinata fattispecie concreta come lavoro subordinato, si è in grado di determinare una serie di diritti, obblighi ed altre situazioni soggettive facenti capo al datore di lavoro ed al lavoratore nei rapporti tra loro e nei confronti delle istituzioni pubbliche (si pensi ai profili in campo tributario e previdenziale) e dei terzi con i quali entrino in contatto (si pensi al regime della responsabilità).

Occorre peraltro considerare che molto spesso la qualificazione giuridica è incerta perché fondata su indici che nella realtà non si presentano coerenti e quindi residuano alcuni margini di opinabilità.

Si pensi agli indici della subordinazione: tra questi vi è la sottoposizione al potere direttivo del datore di lavoro, ma è evidente che quanto più alta è la professionalità e la specializzazione del lavoratore tanto maggiore dovrà essere lo spazio riservato alle scelte di quest'ultimo e quindi tanto meno incisivo potrà essere il potere direttivo.

Inoltre, una determinata qualificazione non è sempre idonea ad essere risolutiva di ogni questione, nel senso che, pur rappresentando l'espressione riassuntiva di una disciplina, si tratta pur sempre di una disciplina che non investe la totalità degli aspetti e dei profili che si tratta di affrontare.

Queste ultime considerazioni, relative alla difficoltà di pervenire ad una qualificazione certa della figura professionale, e all'impossibilità di risolve-

re ogni questione sulla base della qualificazione stessa, qui espresse in via generale, vanno particolarmente tenute presenti con riguardo alla figura del medico specialista ambulatoriale interno.

La figura del medico specialista ambulatoriale interno presenta peculiari caratteristiche che ne rendono difficile, e allo stesso tempo non risolutivo, l'inquadramento in una delle tipiche qualificazioni giuslavoriste.

Vi sono indici che conducono a configurarlo come lavoro autonomo, decisivo in tal senso quanto risulta dalla definizione degli accordi collettivi nazionali (cfr. l'accordo collettivo nazionale quadriennio normativo ed economico 2006-2009 art. 13), perché, nella ricostruzione della fattispecie contrattuale occorre sempre risalire alla volontà delle parti.

Vi sono però indici tipici del lavoro subordinato, quali ad esempio, facendo sempre riferimento alle norme contrattuali, l'osservanza dell'orario di lavoro (art. 16); la soggezione alla potestà disciplinare (art. 27); la tutela sindacale (art. 34); il regime delle assenze (art. 36) della malattia e della gravidanza (art. 37); il regime delle ferie (art. 38) del congedo matrimoniale (art. 39); il modo in cui è determinato e liquidato il compenso (art. 42).

Occorre poi ricordare, come già anticipato, che quando l'autonomia si manifesta nell'assenza di soggezione ad un potere direttivo e nella responsabilità individuale, ciò è tipico della stessa professione medica.

Anzi, si potrebbe dire che, proprio per quest'ultima ragione, a parte casi come il medico ospedaliero, risulta sempre difficile accertare il vincolo di subordinazione per un medico.

D'altra parte (sempre facendo riferimento al contratto collettivo) l'assunzione del «governo del processo assistenziale relativo a ciascun paziente», il fatto di «far parte attiva della continuità di assistenza per i propri assistiti», «il perseguimento degli obiettivi di salute dei cittadini attraverso proprie scelte diagnostiche e terapeutiche» (art. 13 bis) rispondono ad una precisa scelta organizzativa del servizio sanitario, in cui «gli specialisti ambulatoriali sono parte attiva e qualificante del SSN integrandosi con specifiche funzioni nell'assistenza primaria...» (art. 12).

Insomma è proprio la scelta organizzativa a creare una figura che mal si presta ad essere inquadrata negli schemi tipici dianzi menzionati, perché convivono elementi di autonomia ed elementi della subordinazione.

In ragione di ciò la giurisprudenza, sia civile, sia amministrativa è orientata a qualificare l'attività del medico ambulatoriale convenzionato nell'ambito della parasubordinazione, pervenendo così ad escludere il rapporto di pubblico impiego pur in presenza di tipici elementi della subordinazione.

Così si è espresso di recente il Consiglio di Stato (C.d.S. sez. III 3876/12, e nello stesso senso cfr. anche C.d.S. sez. III, 30 novembre 2012, n. 6119; C.d.S. sez. III, 10 dicembre 2012, n. 6282) «Nel regime, privatistico, di convenzionamento tra USL e sanitari privati la presenza di alcuni tratti caratterizzanti propri del lavoro subordinato non è sufficiente a trasformare il rapporto convenzionale in rapporto di pubblico impiego, giacché,

in ragione della complessità del predeterminato assetto organizzativo del sistema sanitario, nella parasubordinazione è implicita la presenza di alcuni degli elementi che connotano il rapporto di lavoro subordinato, come l'inserimento funzionale nella organizzazione dell'ente, l'osservanza di vincoli di orario e la predeterminazione delle modalità di svolgimento delle prestazioni, trattandosi di elementi strettamente funzionali al detto assetto organizzativo; senza contare che, se il rapporto di collaborazione coordinata e continuativa si protrae per anni, è normale che i tratti distintivi rispetto al lavoro subordinato si attenuino, senza che ciò, di per sé, non consenta di negare ai rapporti in parola la natura non subordinata (cfr., tra le tante, Cons. St., sez. V, 25 maggio 2009, n. 3239; 23 marzo 2009, n. 1743; 9 dicembre 2002, n. 6722; 22 aprile 1996, n. 468 e 16 settembre 1994, n. 1522).

Come si è anticipato, anche accolta la qualificazione della parasubordinazione, essa non è risolutiva per affrontare ogni questione relativa allo status del 'Sumaista'.

Non è da ritenersi risolutiva soprattutto con riguardo ad un punto critico della figura professionale in questo contesto storico, vale a dire il regime dell'incompatibilità.

Va sottolineato che esso rappresenta un punto critico nell'attuale momento storico, perché accanto ai vincoli precedentemente richiamati, che, come detto, tendono ad avvicinare il medico specialista convenzionato alla figura del lavoratore subordinato (l'osservanza dell'orario di lavoro; la soggezione alla potestà disciplinare; il regime delle assenze della malattia e della gravidanza; il regime delle ferie e del congedo matrimoniale; il modo in cui è determinato e liquidato il compenso), non vi è, per contro, la corrispondente garanzia tipica del lavoro subordinato, ossia un numero di monte ore adeguato a conseguire una retribuzione sufficiente a garantire per se sola il sostentamento.

Infatti, la retribuzione è commisurata al numero di ore prestate in base alla convenzione, e nell'attuale momento storico molte convenzioni hanno per oggetto un numero molto basso di ore (anche solo cinque o sei a settimana).

È questo il contesto nel quale occorre calare in concreto il tema dell'incompatibilità la cui disciplina legislativa non è per così dire tarata sulla figura del medico qui esaminata ed in relazione all'attuale momento storico, ma è stata evidentemente pensata con riferimento ad una figura di medico al quale era comunque garantito (o perlomeno poteva scegliere) un regime di attività, per dirla in breve, a tempo pieno.

Su questa premessa ben si potrebbe sollecitare il legislatore ad una nuova disciplina del regime dell'incompatibilità specificamente pensata per adattarla a quanto emerge dalla realtà più recente.

Sarebbe come minimo utile pensare ad una differenziazione del regime di incompatibilità in relazione al numero di ore previste dalla singola convenzione.

Andrebbe in generale ripensata la presunzione di conflitto di interessi, da cui deriva incompatibilità, relativo alle strutture accreditate col SSN.

Più specificamente, una volta inserite nei CUP (centro unico di prenotazione) esse non possono essere considerate concorrenti, ma sono a tutti gli effetti parti dello stesso sistema.

Ed ancor più in generale l'incompatibilità potrebbe trovare una regolamentazione più adeguata alle diverse situazioni concrete, non già prefissando una disciplina valevole in ogni tempo ed in ogni luogo, visto che il legislatore non può tenere il passo dei veloci cambiamenti della realtà (anche la situazione attuale potrà cambiare), ma conferendo una maggiore necessaria elasticità alla contrattazione collettiva, anche regionale.

Quest'ultima poi dovrebbe essere indirizzata a pretendere una specifica motivazione da precisare di volta in volta che identifichi con riguardo ad ogni singolo caso concreto l'emergere dell'incompatibilità, senza prevedere presunzioni di carattere generale, che, come si nota, precostituiscono schemi sfasati rispetto alla realtà.

*De jure condendo* vi possono dunque essere ampi margini per incidere su questa figura professionale senza peraltro alterarne i connotati più tipici.

*De jure condito*, cioè sulla base della legislazione vigente, vi sono ovviamente maggiori limiti. Occorre tener presente che non è facile incidere sullo status attraverso la modifica delle norme contenute negli accordi collettivi perché, per molti aspetti, è limitato l'ambito di autonomia contrattuale.

In breve il rapporto tra medico e Servizio Sanitario Nazionale risulta determinato in molti dei suoi tratti fondamentali dalla legge, residuando agli accordi collettivi una funzione attuativa ed in altri una funzione integrativa.

Ciò nondimeno è possibile porre attenzione a due profili: da un lato alla possibilità di un'interpretazione evolutiva della legislazione, tenendo presente che, come detto, nella realtà attuale le singole convenzioni tendono ad allontanarsi dallo schema tipico del tempo pieno.

In questa prospettiva la contrattazione collettiva è abilitata a dare una lettura delle disposizioni sull'incompatibilità tale da distinguere le ipotesi di incompatibilità dovuta al rischio di conflitti di interessi, che occorre tener comunque ferme, e le ipotesi di incompatibilità dovute all'esigenza di assicurare la totale disponibilità del medico a favore dell'ente con il quale è convenzionato, che invece trovano giustificazione solo nelle ipotesi di tempo pieno. Dall'altro può essere utile precisare in maniera più compiuta in sede contrattuale la portata dell'incompatibilità, per limitare la discrezionalità interpretativa delle singole disposizioni, perché vi è sempre il rischio, in caso di diverse possibili interpretazioni, che, alla fine, la norma sia elaborata da chi detiene maggior potere contrattuale.

Per scendere nel merito dell'incompatibilità, il comma 7 dell'art. 4 della legge 30 dicembre 1991, n. 412 stabilisce innanzitutto che «con il Servizio Sanitario Nazionale può intercorrere un unico rapporto di lavoro» e poi distingue quattro ipotesi:

- 1) l'incompatibilità con ogni altro rapporto di lavoro dipendente (non rileva se trattasi di rapporto di lavoro pubblico o privato);
- 2) l'incompatibilità con altri rapporti anche di natura convenzionale con il Servizio Sanitario Nazionale;
- 3) l'incompatibilità con l'esercizio di attività che possono configurare conflitto di interessi con il Servizio Sanitario Nazionale;
- 4) l'incompatibilità con la titolarità o con la compartecipazione delle quote di imprese che possono configurare conflitto di interessi con il SSN.

Occorre innanzitutto verificare se detta disposizione contenuta nella prima parte del comma 7, che non è rivolta specificamente al Sumaista, possa valere ed in che misura anche nei confronti di quest'ultimo.

A tal fine occorre considerare quanto previsto nello stesso comma 7 dell'art. 4 l. 412/91 all'ultima parte.

Quest'ultima disposizione stabilisce che «in sede di definizione degli accordi convenzionali di cui all'art. 48, l. 23 dicembre 1978, n. 833 è definito il campo di applicazione del principio di unicità del rapporto di lavoro a valere tra i diversi accordi convenzionali».

L'art. 48 della l. 833/1978 al quale appunto rinvia la l. 412/91 stabilisce al comma 4 che «gli accordi collettivi nazionali devono prevedere la disciplina delle incompatibilità e delle limitazioni del rapporto convenzionale rispetto ad altre attività mediche, al fine di favorire la migliore distribuzione del lavoro medico e la qualificazione delle prestazioni» (comma 3, punto 4 e punto 6).

Che differenza c'è dunque tra la prima e l'ultima parte del comma 7 dell'art. 4 l. 412/91?

Come si può notare, la disciplina prevista nell'ultima parte lascia un margine di autonomia notevolmente superiore agli accordi collettivi, perché si limita a stabilire il fine dell'incompatibilità e delle limitazioni «per favorire la migliore distribuzione del lavoro medico e la qualificazione delle prestazioni», mentre demanda all'autonomia contrattuale la funzione di stabilire casi e modalità, che invece nella prima parte dell'art. 4 comma 7 l. 412/91 sono puntualmente determinati. Questo sul piano formale. Sul piano sostanziale si tratta di verificare se le ipotesi di incompatibilità indicate nella prima parte del comma 7 dell'art. 4 l. 412/91 rappresentano le sole modalità possibili o vi possano essere modalità alternative per dare attuazione al principio dell'unicità del rapporto di lavoro che la legge pone come principio cardine della disciplina.

Nel primo caso le ipotesi indicate nella prima parte del comma 7 dovrebbero giocoforza refluire negli accordi collettivi annullando così sul piano sostanziale la portata della differenza formale tra prima e ultima parte del più volte citato comma 7.

Va detto che, dalla lettura degli accordi collettivi, emerge un sostanziale adeguamento ai casi di incompatibilità specificati nell'art. 4, comma 7 della

l. 412/91. È per questa ragione, probabilmente, che non risultano esservi pronunce giurisprudenziali in ordine a percorsi alternativi diretti a dare attuazione al suddetto principio.

In buona sostanza, poiché gli accordi collettivi non hanno attuato il principio di unicità in modo alternativo rispetto a quanto indicato nella prima parte dell'art. 4, comma 7 della l. 412/91, non si riscontrano casi in cui fosse richiesto al giudice di verificare se disposizioni diverse rispetto a quelle stabilite dallo stesso art. 4 fossero legittime perché comunque attuative del principio di unicità.

Si può però rilevare che questa sostanziale sovrapposizione tra le disposizioni contenute nell'art. 4, comma 7 della l. 412/91 e le disposizioni contenute negli accordi collettivi comporta una sorta di sovrapposizione tra il concetto di unicità del rapporto di lavoro con il concetto di esclusività.

Mentre si può da subito sottolineare che la differenza tra unicità ed esclusività trova riscontro non solo nell'ordine nozionale e concettuale comune, ma è identificabile nelle stesse disposizioni di legge.

Nella prospettiva di distinguere giuridicamente l'unicità dall'esclusività merita di essere sottolineata la disposizione contenuta sempre nel comma 7 dell'art. 4 l. 412/91 secondo la quale «l'esercizio dell'attività libero-professionale dei medici dipendenti del Servizio Sanitario Nazionale è compatibile col rapporto unico di impiego, purché espletato fuori dell'orario di lavoro all'interno delle strutture sanitarie o all'esterno delle stesse, con esclusione di strutture private convenzionate con il Servizio Sanitario Nazionale».

Invero se unicità significasse esclusività, l'attività libero-professionale non sarebbe compatibile.

Come anche già anticipato, la strada maestra per addivenire ad una regolazione diversa dei casi nei quali lo specialista è convenzionato per un numero di ore diverse dal monte ore massimo sarebbe quella di un intervento legislativo.

Si vuole tuttavia ugualmente tentare di immaginare un percorso interpretativo sulla base delle disposizioni vigenti a partire dalla constatazione che ci troviamo di fronte a due fattispecie molto differenti sotto il profilo sostanziale pur nell'identità del profilo formale: il medico convenzionato che raggiunge il limite massimo delle ore si trova in una situazione molto più vicina a quella del medico dipendente che non a quella del medico convenzionato che, per esempio, non raggiunge il tetto delle 10 ore, il quale, come detto si avvicina invece alla figura del medico libero-professionale non regolato da convenzione.

Orbene, non vi sono dubbi sul fatto che va salvaguardato il principio di evitare ipotesi di conflitto di interessi come quelle indicate ai punti c) (esercizio di attività che possono configurare conflitto di interessi con il Servizio Sanitario Nazionale) e d) (titolarità o compartecipazione delle quote di imprese che possono configurare conflitto di interessi con il SSN).

Diverso però è il caso relativo all'incompatibilità con ogni rapporto di lavoro dipendente pubblico o privato.

Questa regola non è espressione del principio di unicità, bensì è espressione di esclusività.

Occorre tuttavia osservare che la reale portata della disposizione può, nei fatti, non essere così assolutamente preclusiva come risulta dalla formulazione letterale.

Innanzitutto lo stesso accordo collettivo ne delimita il campo di applicazione (cfr. art. 15 lett. a) dell'accordo collettivo nazionale 2006/09) ai casi in cui il lavoro subordinato preveda il divieto di libero esercizio professionale.

Quindi non vi sarà incompatibilità se il rapporto di lavoro subordinato concretamente svolto consenta il libero esercizio professionale.

Vi sono peraltro da considerare alcune perplessità sul modo in cui è formulata la disposizione contrattuale.

Innanzitutto essa rinvia a disposizioni relative ad un altro rapporto estendendo l'efficacia di quel contratto oltre le parti del contratto stesso con inevitabili problemi interpretativi.

Per altro verso la qualificazione di un lavoro come lavoro subordinato, per quanto riguarda l'attività del medico, come si ricordava fin dall'inizio, appare molto difficile al di fuori dei casi del medico ospedaliero.

Si pensi ai medici che svolgono la propria attività presso case di cura private.

Non è infrequente che ricorrano molti degli indici della subordinazione, ma da ciò consegue non già la qualifica di lavoro subordinato, bensì di lavoratore parasubordinato.

In conclusione la citata disposizione (art. 15, lett. a) dell'accordo collettivo più che un limite rischia di rappresentare un elemento di confusione, o meglio, un limite ben poco chiaro e fonte di possibili conflitti e disparità di trattamento.

Nell'accordo collettivo, l'ipotesi appena esemplificata appare riconducibile nella lettera d) dell'art. 15 che stabilisce l'incompatibilità qualora l'ente o la struttura sanitaria pubblica o privata presso la quale il medico svolge la propria attività non adotti le stesse clausole economiche e normative dell'accordo collettivo, sollevando però dubbi sulla reale finalità dell'incompatibilità.

Anche l'incompatibilità con altri rapporti, anche di natura convenzionale con il Servizio Sanitario Nazionale potrebbe essere declinata con la dose di elasticità necessaria quantomeno in tutti i casi in cui il numero di ore non sia pari al tetto massimo.

Per riassumere e concludere anche con una proposta di modifica si deve innanzitutto confermare che la via maestra è costituita da un intervento del legislatore.

In particolare per quanto attiene alla possibilità di derogare a livello regionale alle disposizioni contrattuali nazionali sul tema dell'incompati-

bilità, ciò è possibile solo modificando l'art. 48 della l. 833/78 che opera un rinvio espresso agli accordi collettivi nazionali.

Per quanto riguarda il rapporto tra norme contrattuali e disposizioni di legge si può in sede interpretativa allargare le maglie di queste ultime adeguando di conseguenza alle attuali circostanze reali l'accordo collettivo nazionale pur rispettando il limite dell'unicità del rapporto di lavoro ed il divieto di conflitto di interessi.

Senza qui procedere ad un integrale riformulazione dell'art. 15 dell'accordo collettivo nazionale si potrebbe partire da queste modifiche.

Il comma 2 potrebbe essere riformulato prevedendo che l'incompatibilità di incarichi a tempo indeterminato con incarichi a tempo determinato sia tale solo per le ore che superano il tetto massimo.

Le lettere *e*) e *i*) del comma 1 potrebbero essere riformulate prevedendo in via generale la sottoposizione ad autorizzazione per operare nelle case di cura convenzionate o accreditate con il SSN, con la specificazione che l'eventuale diniego di autorizzazione deve essere specificamente motivato in relazione all'accertata esistenza di un conflitto di interessi.

In buona sostanza, e questa potrebbe essere la prospettiva generale con la quale affrontare la revisione dell'art. 15, potrebbe essere opportuno in tema di incompatibilità impostare le norme presumendo in via generale l'inesistenza dell'incompatibilità che dunque dovrà essere accertata a cura dell'azienda di volta in volta dandone adeguata motivazione.

Un'ultima questione riguarda il regime fiscale dell'attività del medico specialista convenzionato. Non risultano in proposito esservi disposizioni particolari per questo genere di attività. In altre parole il medico dovrà adottare il regime fiscale consono alle modalità di svolgimento della propria attività secondo le regole generali.

Il problema può porsi in relazione alla retribuzione degli SAI a tempo determinato per i quali in alcune regioni viene richiesta l'apertura di partita IVA. Occorre pertanto riferirsi all'art. 5 del TU IVA in base al quale l'esercizio abituale dell'attività professionale o autonoma ricade in regime IVA, rimanendo quindi escluse, in base alla stessa definizione, le prestazioni occasionali, nonché in base al comma 2 le prestazioni di servizi inerenti a rapporti di collaborazione coordinata e continuativa.

I redditi derivanti da questo tipo di rapporti sono assimilati a quelli da lavoro dipendente e quindi le collaborazioni coordinate e continuative sono escluse dal regime IVA.

Il rapporto tra azienda e SAI a tempo determinato, e ciò indipendentemente dal numero di ore di incarico settimanali, può senz'altro essere inquadrato in questo tipo contrattuale, tuttavia il modo migliore per garantire che sia sempre questa la forma adottata o che sia rimessa al medico e non all'amministrazione tale scelta, è che ciò sia previsto da una specifica disposizione in sede di accordo collettivo.



---

**Bibliografia**

- Aicardi, N. (2003). *La sanità*. In: Cassese, S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, p. 630.
- Antoniazzi, S. (2011). «Governance territoriale e nuovi modelli di organizzazione sanitaria». In: Bilancia, P. (a cura di), *Modelli innovativi di governance territoriale*. Milano: Giuffrè, p. 298.
- Balduzzi, R. (a cura di) (2004). *La sanità italiana tra livelli essenziali di assistenza, tutela della salute e progetto di devolution*. Milano: Giuffrè.
- Balduzzi, R. (a cura di) (2009). *Trent'anni di servizio sanitario nazionale*. Bologna: Il Mulino.
- Balduzzi, R.; Di Gaspere, G. (a cura di) (2001). *L'aziendalizzazione nel d.lgs. 299/1999*. Milano: Giuffrè.
- Balduzzi, R.; Di Gaspere, G. (a cura di) (2002). *Sanità e assistenza dopo la riforma del titolo V*. Milano: Giuffrè.
- Conticelli, M. (2012). *Privato e pubblico nel servizio sanitario*. Milano: Giuffrè.
- De Vincenti, C.; Finocchi Ghersi, R.; Tardiola, A. (a cura di) (2012). *La sanità in Italia: Organizzazione, governo, regolazione, mercato*. Bologna: Il Mulino.
- Fares, G. (2013). *Problemi attuali dell'ordinamento sanitario*. Napoli: Editoriale scientifica.
- Ferrari, E. (1996). «Servizio sanitario nazionale (organizzazione)». In: *Digesto delle discipline privatistiche (sez. commerciale)*,13, Torino.
- Pioggia, A. (2014). *Diritto sanitario e dei servizi sociali*. Torino: G. Giapichelli Editore.
- Pioggia, A.; Civitarese Matteucci, S.; Racca, G.M.; Dugato, M. (a cura di) (2011), *I servizi sanitari: Organizzazione, riforme e sostenibilità: Una prospettiva comparata*. Rimini: Maggioli.
- Pioggia, A.; Dugato, M.; Racca, G.; Civitarese Matteucci, S. (a cura di) (2007), *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario: Un primo bilancio*. Roma: FrancoAngeli.
- Taroni, F. (2011). *Politiche sanitarie in Italia*. Roma: Il Pensiero Scientifico Editore.