

Sara Landini

Professore associato di diritto privato

Università di Firenze

I medici universitari. Problemi di inquadramento del rapporto di lavoro.

Il saggio affronta il tema dell'inquadramento del rapporto di lavoro dei medici universitari e dei problemi relativi alla disciplina applicabile anche riguardo ai codici etici, orario di lavoro ecc. L'autrice cerca di inquadrare giuridicamente il centrale principio della inscindibilità di didattica, ricerca e assistenza nel lavoro dei medici universitari colto nella dimensione costituzionale della libertà della ricerca e della tutela della salute.

The paper deals with the theme of labor qualification of doctors who work also as Professors at University and the issues related to discipline applicable also with regard to ethical codes, working hours, and so on. The author seeks to legally classify the central principle of the inseparability of teaching, research and assistance in the work of university doctors in the constitutional dimension of freedom of research and health protection.

Sommario : 1-Inscindibilità di ricerca, didattica e assistenza nella professione del medico universitario; 2- La posizione della nostra giurisprudenza costituzionale; 3- Alcuni problemi applicativi: applicabilità dei codici etici previsti per il personale sanitario e l'orario di lavoro.

1-Inscindibilità di ricerca, didattica e assistenza nella professione del medico universitario.

La professione medica trova una fondamentale distinzione nella partizione tra medici universitari e medici ospedalieri operanti nelle aziende ospedaliere universitarie: diversa la missione e diversa è l'amministrazione di appartenenza. Al medico ospedaliero spetta essenzialmente il compito dell'assistenza, mentre al medico universitario spettano primariamente i compiti della didattica e della ricerca alle quali l'assistenza è di supporto essenziale. Soltanto la vicinanza a casi concreti consente al medico universitario di sviluppare la propria ricerca e di fare una didattica professionalizzante. Allo stesso tempo l'attività di assistenza svolta dal medico universitario viene a beneficiare della spinta innovativa della ricerca medica (¹). Questo non vuol dire che i medici ospedalieri non possano contribuire alla ricerca. Ci riferiamo soltanto alla diversa mission che connota il loro rapporto di lavoro e quindi la relativa disciplina.

¹ Cfr. G. SALA, *Tutela della salute, ricerca e formazione in campo sanitario: alla ricerca di un modello organizzativo di integrazione*, in *L'azienda ospedaliera universitaria integrata. Un modello di integrazione tra attività di cura, ricerca e formazione*, a cura di C. Leardini, B. Campedelli, G. Sala, Milano, 2015, p. 17; M. G. ROVERSI MONACO, *Università e servizio sanitario nazionale. L'azienda ospedaliera universitaria*, Padova, 2011, XI; A. ORSI BATTAGLINI, *Libertà accademica e valori costituzionali*, in *Nuove dimensioni dei diritti di libertà. Scritti in onore di Barile*, Padova, 1990, p. 98; P. DE ANGELIS, *Il personale universitario, docente e non docente, che svolge attività assistenziale. Inquadramento giuridico e questioni applicative*, Torino, 2014, p. 57.

La questione trova il proprio principale riferimento nell'art. 5 del dlgs 517/ 1999 da leggersi in senso costituzionalmente orientato alla luce del contenuto degli artt. 33 Cost. e 32 Cost. L'art. 5 dice che "ai professori e ricercatori universitari, fermo restando il loro stato giuridico (disciplinato ora dalla legge 240/2010), si applicano per quanto attiene all'esercizio dell'attività assistenziale, al rapporto con le aziende e a quello con il direttore generale, le norme stabilite per il personale del SSN...dell'adempimento dei doveri assistenziali il personale universitario risponde al direttore generale. Le attività assistenziali svolte dai professori si integrano con quelle di didattica e di ricerca".

In base al dlgs 517/1999 risulta quindi che solo l'attività assistenziale dei PRU (professori e ricercatori universitari) è disciplinata dalla normativa sul personale del SSN e solo per i doveri assistenziali i PRU rispondono al direttore generale; l'attività didattica e di ricerca si integra con quella assistenziale, ma, dal momento che, come dice il dlgs 517 del 1999, resta ferma la disciplina dello stato giuridico dei PRU, la disciplina dell'attività didattica e di ricerca segue la normativa universitaria. Dei doveri di didattica e di ricerca il personale universitario non risponde al direttore generale. Non solo, ma sembra che si pongano limitazioni ai poteri gestionali del direttore generale rispetto al personale universitario fondate sulla necessità, normativamente prevista, che l'attività di cura si integri con quella di ricerca e di didattica ⁽²⁾.

Il medico universitario deve poter svolgere la propria attività di ricerca e didattica integrandola con quella assistenziale perché solo così potrà contribuire alla innovazione della cura. Allo stesso tempo l'attività assistenziale da questi svolta non può essere organizzata in modo da ostacolare l'attività didattica e di ricerca perché questo nuovamente limita la mission del medico universitario nella tutela della salute e nello sviluppo della ricerca oltre a ridurre le sue possibilità di crescita professionale.

Alla luce di tali considerazioni la nostra giurisprudenza è intervenuta chiarendo che, ove il medico universitario si trovi a subire una ingiustificata privazione o limitazione della possibilità di svolgere i compiti assistenziali, questi avrà diritto al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali conseguenti ⁽³⁾. Analoghe conclusioni possono essere raggiunte ove le determinazioni organizzative

² F. CARLONI, *Dagli IRCCS ai policlinici. I limiti dell'aziendalizzazione tra alta specializzazione, ricerca, didattica universitaria*, in *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario. Un primo bilancio*, a cura di A. Pioggia, M. Dugato, G. Racca, S. Civitarese Matteucci, Milano, 2008, pp. 137-138.

³ Cons. Stato 15 febbraio 2006, n. 612, in *De Jure*: "L'intima compenetrazione tra attività didattica ed attività assistenziale, che caratterizza la posizione di "status" dei professori universitari delle facoltà di medicina e chirurgia, si atteggia in termini di vero e proprio diritto soggettivo allo svolgimento delle relative funzioni, dando luogo anche al risarcimento del relativo danno, ove ne venga ingiustificatamente compromesso l'esercizio." Osservano i giudici amministrativi che in termini generali la nascita di tale diritto coincide con la "chiamata" del professore di ruolo da parte della Facoltà, che è tenuta ad assicurare al docente la possibilità di svolgere l'attività didattica presso la relativa struttura universitaria.

dell'azienda ospedaliera pregiudichino la possibilità per i medici universitari di espletare le proprie funzioni di ricerca e di didattica ⁽⁴⁾. Non solo, ma ove la direzione sanitaria comprima la libertà di ricerca e di didattica potremmo avere una riduzione nella produzione scientifica e nel livello della formazione universitari (con riduzione delle performance universitarie in termini di produttività degli studenti, di attrattività di studenti fuori sede ecc.) con conseguente danno all'Università presso cui lavorano i PRU tenuto conto della rilevanza delle performance di ricerca e di didattica nella distribuzione delle risorse pubbliche tra gli atenei.

Il medico universitario deve poter svolgere le sue primarie missioni formative e di ricerca. Proprio per questo, dato che la cura diventa un momento di acquisizione della casistica, si rinviene un interesse giuridicamente rilevante, in base alla normativa sulla integrazione di cura, ricerca e formazione, allo svolgimento dell'attività assistenziale. La situazione soggettiva del medico universitario trova comunque una funzionalizzazione rispetto alla primaria tutela della persona del

Per quanto attiene alle funzioni assistenziali, il quadro normativo è più complesso ed articolato, allorché la relativa attività deve essere svolta nell'ambito dell'Azienda ospedaliera, in quanto in tal caso si genera un rapporto trilatero, nel quale il dipendente ha come suoi referenti, oltre al Rettore, anche il Direttore generale di detta azienda, presso la quale tale attività deve essere prestata.

⁴ Cons. Stato 30 maggio 2007, n. 2758, in De jure "Vanno risarciti i danni patrimoniali e non riportati da un professore per non aver potuto espletare a pieno le proprie funzioni didattiche ed assistenziali, nonché di svolgere attività operatoria, nell'ambito di direzione di un'area facente parte di un dipartimento assistenziale chirurgico di un'azienda ospedaliera universitaria; danni da liquidarsi equitativamente, ai sensi dell'art. 1226 c.c., tenendo conto del fatto che il professore ha comunque ricevuto la retribuzione corrispondente all'incarico conferitogli e non ha svolto l'attività conseguente all'incarico stesso." In particolare "La sezione, tuttavia, sulla base della documentazione in atti e delle acquisizioni conseguenti all'istruttoria disposta dal primo giudice, rileva l'esistenza di disposizioni concrete ed attuative dell'Azienda appellante - relative all'organizzazione interna del detto Dipartimento e delle aree che lo compongono, nonché alla gestione comune di personale e risorse - che, non trovando copertura in provvedimenti amministrativi, non hanno consentito al professore Massa, nell'ambito dell'incarico di direzione di un'area facente parte di un Dipartimento assistenziale, di espletare al pieno le proprie funzioni didattiche e assistenziali, nonché di svolgere attività operatoria. Il che ha comportato la violazione di quella soglia minima, che si rinviene nella normativa di riferimento, al cui rispetto è tenuta anche l'Azienda sanitaria.

Non risultano essere state compiutamente assicurate:

- a) l'autonomia tecnico-professionale, con le connesse responsabilità, che caratterizza l'attività dei dirigenti sanitari nello svolgimento delle proprie mansioni e funzioni (art. 15, comma 3, del d.lgs. n. 502/1992);
- b) lo svolgimento delle funzioni di direzione e di organizzazione della struttura, nonché l'adozione delle relative decisioni necessarie per il corretto espletamento del servizio e per realizzare l'appropriatezza degli interventi con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche e riabilitative, attuati nella struttura loro affidata; attribuite ai dirigenti con incarico di direzione di struttura complessa (quali le aree: art. 15, comma 6, del d.lgs. n. 502/1992);
- c) "l'utilizzazione delle strutture assistenziali e lo svolgimento delle relative attività da parte del personale universitario ed ospedaliero per scopi di didattica e di ricerca" (art. 3, comma 5, del d.lgs. n. 517/1999);
- d) la soddisfazione delle "peculiari esigenze connesse alle attività didattiche e scientifiche" (art. 3, comma 5, del d.lgs. n. 517/1999).

Si tratta di competenze e funzioni - proprie dei dirigenti sanitari e, in particolare, di quelli con incarico di direzione di struttura complessa - che, anche se devono svolgersi "nell'ambito di indirizzi operativi e programmi di attività promossi, valutati e verificati a livello dipartimentale e aziendale, finalizzati all'efficace utilizzo delle risorse e all'erogazione di prestazioni appropriate e di qualità" e comunque "nell'ambito degli indirizzi operativi e gestionali del dipartimento di appartenenza" (art. 15, commi 3 e 6, del d.lgs. n. 502/1992), non possono essere né svuotate né sminuite. Infatti, la normativa impone al direttore del Dipartimento di assicurare "l'utilizzazione delle strutture assistenziali e lo svolgimento delle relative attività da parte del personale universitario ed ospedaliero per scopi di didattica e di ricerca" e, nella programmazione e gestione delle risorse assegnate, di considerare la "necessità di soddisfare le peculiari esigenze connesse alle attività didattiche e scientifiche" (art. 3, comma 5, del d.lgs. n. 517/1999).".

paziente soggetto e non oggetto della cura ⁽⁵⁾. La tutela della persona (art. 32 Cost.) rappresenta il fulcro della ricerca medica la cui libertà sancita dall'art. 33 Cost. deve trovare per questo una particolare valorizzazione.

La necessaria integrazione tra didattica, ricerca e assistenza , di cui al d. lgs. 517 e alla legge Gelmini importa obblighi di collaborazione tra Università e Regione e l'assenza di accordi tra le due Amministrazioni non giustifica orientamenti della direzione limitativi della professionalità del medico universitario.

La disciplina del personale del SSN non si applica per quanto riguarda lo stato giuridico del PRU (professori e ricercatori universitari) che rimane quello universitario, anche quando questi svolgono attività assistenziale, e che ha ad oggetto: l'accesso al ruolo, i differenti regimi, i doveri di didattica e di ricerca, l'orario della ricerca e della didattica (in specie la ricerca non ha orario, la didattica ha un orario come da calendario concordato con il docente e deliberato dai competenti organi accademici il cui espletamento è certificato dai registri compilati dal docente a ratifica).

Si tratta peraltro di norme primarie che, come detto, poggiano su principi costituzionali. Ricordiamo che, nel definire lo status del docente/ricercatore universitario, la norma principe è presente nell'art. 33 Cost. “ L'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento” ⁽⁶⁾.Una norma che peraltro parla di scienza in generale senza individuare l'ambito e il rapporto di lavoro all'interno della quale viene svolta. Sotto l'ombrello costituzionale della libertà di ricerca e di insegnamento trovano riconoscimento e tutela anche la ricerca e la didattica svolta dagli ospedalieri.

Lo stato giuridico del PRU è disciplinato dalla l. 240/2010 che all'art. 6 comma 13 prevede “ entro 120 giorni dall'entrata in vigore della presente legge il ministero della salute di concerto con la conferenza permanente per i rapporti Stato-Regioni....sarà emanato lo schema tipo di convenzioni al quale devono attenersi le università e le regioni per regolare i rapporti in materia di attività sanitarie svolte per conto del servizio sanitario. “

In data 20 marzo 2014 la CRUI ha approvato una propria proposta di schema-tipo di convenzione Regione-Università, affinché le modalità di gestione e funzionamento delle Aziende clinicizzate possano auspicabilmente rispondere a criteri di omogeneità ed uniformità sull'intero territorio

⁵ V. in particolare Cons. Stato 5 dicembre 2007, 6199, in *Foro amm. – Cons- Stato*, 2007, 3499: il Consiglio di Stato ritiene infondata la questione di costituzionalità dell'art. 5 dlgs 517/1999 in quanto “Invero, non può essere revocato in dubbio che l'attività assistenziale svolta presso i policlinici universitari nonostante acceda all'attività scientifica e didattica, propria del docente universitario, costituisca pur sempre attività di assistenza e cura dei pazienti, da svolgere in strutture complesse.

Tale attività, quindi, non può essere svolta in mancanza di un momento di coordinamento, che il legislatore, con scelta certo non irrazionale, ha strutturato in forme simili a quelle dell'attività assistenziale, svolta presso strutture ospedaliere.” La norma in esame non è contrastante con l'art. 33 Cost. in tanto in quanto sia previsto “un momento di coordinamento” tra Direzione ospedaliera e Università. Altro sarebbe ove si intendesse l'art. 5 nel senso di aver sottoposto i medici universitari integralmente alla disciplina prevista per i medici ospedalieri. Il Consiglio di Stato fornisce così una lettura dell'art. 5 costituzionalmente orientata rispetto all'art. 33 Cost.

⁶ Si veda in particolare M. G. ROVERSI MONACO, *op. loc. citt.*

nazionale ⁽⁷⁾). I principi ivi contenuti possono essere così riassunti:

- Perseguimento di obiettivi di efficacia, efficienza, qualità dell'attività integrata di assistenza, didattica e ricerca nell'interesse congiunto della tutela della salute della collettiva e della funzione didattica, formativa e di ricerca propria dell'università.
- Sviluppo di metodi e strumenti innovativi di collaborazione tra il sistema sanitario e il sistema formativo
- Reciproca informazione e consultazione
- Inscindibilità delle attività di didattica, ricerca e assistenza. Si precisa l'autonomia dell'Università nell'esercizio delle sue funzioni istituzionali di didattica e di ricerca e l'autonomia della Regione nella determinazione dei principi generali organizzativi di sanità regionale.

Lo schema di protocollo risulta infine in linea con il dlgs 517/1999 nel riconoscere, pur nella necessaria collaborazione Università e Regione al fine di garantire l'integrazione tra attività di ricerca, didattica e assistenza, la autonomia dell'Università quanto all'attività di didattica e di ricerca.

2- La posizione della nostra giurisprudenza costituzionale.

Abbiamo sin qui osservato come la giurisprudenza amministrativa nel considerare la funzione dei medici universitari abbia configurato un interesse giuridicamente rilevante degli stessi allo svolgimento di un'attività assistenziale integrata con l'attività di ricerca e didattica in funzione di tutela del paziente in una logica di interesse generale ad una innovazione nella cura.

L'integrazione tra attività di ricerca, didattica e assistenza non vuol dire sottoposizione dell'attività di ricerca e didattica alla disciplina dell'attività assistenziale, dovendosi peraltro rilevare la preminenza della attività di ricerca e di didattica sull'attività assistenziale come evidenziato dalla stessa Corte Costituzionale ⁽⁸⁾.

Il principio di integrazione tra assistenza, didattica e ricerca è stato peraltro riconosciuto dalla nostra Corte Costituzionale, anche ben prima dell'entrata in vigore della legge 517 : "L'attività che viene svolta dai docenti universitari nelle cliniche e negli istituti di ricovero e cura non solo non è

⁷ Sebbene ancora non sia stato approvato uno schema nazionale di protocollo in alcune regioni sono stati approvati protocolli di intesa tra Azienda Sanitaria e Università ai sensi della legge 240. Si pensi alla Regione Sicilia e alla Regione Liguria.

⁸ C.Cost., 10 luglio 1981, n.126, in *Riv. giur. scuola*, 1983, 643. Chiarisce la Corte anche in merito alla differente posizione degli ospedalieri che hanno incarichi di docenza.

"Ciò posto non può parlarsi di disparità di trattamento con i primari ospedalieri che non siano docenti universitari, e che percepiscono il medesimo stipendio, pur svolgendo solo quelle attività assistenziali che rispetto ai clinici universitari si compenetra con quella didattico scientifica. Nè è operabile un confronto fra i professori medesimi e gli ospedalieri cui sia conferito l'incarico di insegnamento universitario, e che svolgono due attività separate, risultando titolari di distinti rapporti di lavoro; nè infine, può parlarsi di disparità di trattamento con i docenti di altre facoltà, cui è consentito correlativamente al cumulo dei rapporti di impiego, il cumulo degli stipendi, poiché nel caso considerato non si verifica alcun cumulo, ma soltanto la esplicazione di una attività sostanzialmente sanitaria".

incompatibile con l'attività didattico-scientifica, ma, al contrario, che esse sono "suscettibili di ottimale collegamento o addirittura compenetrazione". Ed infatti, come è noto, le cliniche annesse alla Facoltà di medicina e chirurgia forniscono i mezzi necessari per lo svolgimento delle lezioni e delle esercitazioni universitarie nonché per le indagini scientifiche alle quali è tenuto il personale insegnante ed assistente delle Facoltà medesime, sicché loro caratteristica è la preminenza del fine didattico-scientifico su quello meramente assistenziale. Da ciò discende che le cliniche costituiscono organi delle Università e che l'attività assistenziale dei docenti predetti si inquadra senz'altro nella attività propria dei docenti universitari" ⁽⁹⁾.

La complessità delle prestazioni che gravano sulla posizione del medico universitario trova a nostro avviso, pur con i dovuti distinguo, una chiarificazione nella giurisprudenza privatistica in materia di contratti misti. In una nota sentenza della Cassazione e sezioni unite sul punto viene enunciato il seguente principio di diritto: "In tema di contratto misto (nella specie, di vendita e di appalto), la relativa disciplina giuridica va individuata in quella risultante dalle norme del contratto tipico nel cui schema sono riconducibili gli elementi prevalenti (cosiddetta teoria dell'assorbimento o della prevalenza), senza escludere ogni rilevanza giuridica degli altri elementi, che sono voluti dalle parti e concorrono a fissare il contenuto e l'ampiezza del vincolo contrattuale, ai quali si applicano le norme proprie del contratto cui essi appartengono, in quanto compatibili con quelle del contratto prevalente"⁽¹⁰⁾. L'attività assistenziale, che rappresenta prestazione non prevalente, sarà disciplinata secondo le regole proprie purché compatibili con l'espletamento delle prestazioni primarie ovvero quelle della didattica e della ricerca.

Queste conclusioni non possono comunque essere portate a conseguenze estreme che legittimino la violazione dei doveri di assistenza per ragioni di ricerca e di didattica che in ambito medico sono rivolte alla tutela della salute. Da qui l'importanza di una leale collaborazione tra Università e

⁹ C. Cost. 2.6.1977, n. 103, in <http://www.cortecostituzionale.it>; C.Cost., 10 luglio 1981, n.126, cit.; C.Cost., 16 marzo 2001, n.71, in *DL Riv. critica dir. lav.* 2001, 363.

Particolare la questione qui affrontata: "È costituzionalmente illegittimo, per violazione del generale criterio di ragionevolezza di cui all'art. 3 cost. e del principio di buon andamento tutelato dall'art. 97 cost., l'art. 15 nonies comma 2 d.lg. 30 dicembre 1992 n. 502, aggiunto dall'art. 13 d.lg. 19 giugno 1999 n. 229, nella parte in cui dispone la cessazione del personale medico universitario di cui all'art. 102 d.P.R. 11 luglio 1980 n. 382, dallo svolgimento delle ordinarie attività assistenziali, nonché dalla direzione delle strutture assistenziali, al raggiungimento dei limiti massimi di età ivi indicati, in assenza della stipula dei protocolli d'intesa tra università e regioni previsti dalla stessa norma ai fini della disciplina delle modalità e dei limiti per l'utilizzazione del suddetto personale universitario per specifiche attività assistenziali strettamente connesse all'attività didattica e di ricerca, in quanto il preciso nesso funzionale tra attività assistenziale e attività didattica e di ricerca non consente la creazione di docenti medici destinati ad un insegnamento privo del supporto della necessaria attività assistenziale, come è acclarato dalla previsione, nella medesima disposizione, di protocolli d'intesa tra regioni ed università e di accordi attuativi degli stessi, al fine di individuare le specifiche attività assistenziali strettamente correlate all'attività didattica e di ricerca; sicché, è costituzionalmente necessario che si pervenga alla stipula dei predetti protocolli d'intesa prima che possa essere disposta la cessazione dei docenti interessati dalle ordinarie attività assistenziali".

¹⁰ Cass. sez. un., 12 maggio 2008, n. 11656, in *Foro Amministrativo - C.d.S.* (II) 2008, 5, I, 1390 (s.m) e in *Rivista del Notariato*, 2009, 6, 1475

Regione al fine di individuare regole, che consentano una reale integrazione di cura, formazione e ricerca nell'unitario fine della tutela della salute, e procedure che prevenivano o risolvano possibili "frizioni" tra le posizioni accademiche e quelle delle aziende sanitarie.

3- Alcuni problemi applicativi: applicabilità dei codici etici previsti per il personale sanitario e l'orario di lavoro.

La questione dell'inquadramento del rapporto di lavoro dei medici universitari, oltre ai profili sin qui analizzati, acquista rilevanza anche sotto due aspetti di particolare rilievo ovvero l'orario di lavoro dei medici universitari e l'applicabilità agli stessi del medesimo codice etico previsto dall'azienda per i medici ospedalieri.

Con riferimento al primo aspetto la materia trova regolamentazione della Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 88 del 04-11-2003 che ha abrogato la Direttiva - 23/11/1993, n.104 recepita nell'ordinamento italiano con D.Lgs. 8 aprile 2003, n. 66 e successive modificazioni.

Occorre premettere che nella definizione relativa all'orario di lavoro contenuta nelle suddette direttive nonché nella definizione dei cui al dlgs 66/2003:

- a) orario di lavoro" è qualsiasi periodo in cui il lavoratore sia al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell'esercizio della sua attività o delle sue funzioni;
- b) "periodo di riposo": qualsiasi periodo che non rientra nell'orario di lavoro;

Ne segue che si considera periodo di riposo il tempo che non sia riferibile all'orario di lavoro laddove il tempo dedicato al lavoro è solo quello in cui il lavoratore è in sede, a disposizione del datore di lavoro e svolge le sue attività e funzioni.

Al riguardo la Corte di Giustizia UE precisa nell'interpretare il concetto di orario di lavoro nella direttiva 104/1993 (che sul punto presenta un testo identico alla successiva direttiva 88 del 2003 e al decreto legislativo 66/2003 che la ha attuata in Italia) che "Per quanto riguarda in particolare la nozione di <orario di lavoro> ai sensi della direttiva 93/104 (ma lo stesso può dirsi per la direttiva 88/2003 che non ha modificato la definizione di orario di lavoro), va ricordato che... tale direttiva definisce la detta nozione comprendendovi qualsiasi periodo in cui il lavoratore sia al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell'esercizio della sua attività o delle sue funzioni, conformemente alle legislazioni e/o prassi nazionali e che la medesima nozione va intesa in opposizione al periodo di riposo, ciascuna delle due nozioni escludendo l'altra." ⁽¹¹⁾.

In conclusione sulla base delle norme e delle relative interpretazioni si ritiene che non possa considerarsi orario di lavoro l'attività, pur svolta nel centro sanitario, ove il medico non sia a

¹¹ Corte giustizia UE, 09/09/2003, n. 151 caso Landeshauptstadt C. Jaeger; Corte del 3 ottobre 2000, causa C-303/98, Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (SIMAP) contro Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana, Racc. 2000, pag. I-07963.

disposizione del datore di lavoro ovvero l'azienda sanitaria, come è nel caso in cui il personale medico si trattenga nella struttura per attività didattica o di ricerca. Non essendo in tali momenti “a disposizione” della struttura sanitaria.

È sull' essere “a disposizione del datore di lavoro” che la Corte pone del resto l'accento ritenendo che, anche ove il lavoratore non svolga attività lavorativa, come nel caso di periodi di riposo durante la guardia, il fatto di essere comunque a disposizione dell'ospedale qualifica la sua attività come “tempo del lavoro” e non come “tempo del riposo”.

La questione troverà soluzione nei protocolli tra Regione e Università (così al momento è nei protocolli in essere tra alcune Regioni e Atenei ¹²) i quali non potranno però non muovere dai principi comunitari che portano ad una distinzione tra orario di servizio assistenziale, orario di didattica e orario di ricerca.

Un altro aspetto su cui vorremmo soffermarci riguarda la integrale applicabilità ai medici universitari delle disposizioni previste nei codici di condotta per i medici ospedalieri.

I Codici di comportamento sono adottati da parte dei singoli enti del SSN al fine di contestualizzare le norme di portata generale contenute nel d.PR. 16 aprile 2013, n. 62. «Regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici, a norma dell'articolo 54 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165».

A.N.A.C. al fine di adiuvarne gli enti nella composizione delle regole del codice etico che risultino conformi e proporzionate agli scopi indicati dalla normativa, ha dettato linee guida. Ricordiamo la delibera A.N.A.C. 75/2013 e lo schema di Linee guida approvato dal Consiglio nella seduta del 26 ottobre 2016 e posto in consultazione pubblica mediante pubblicazione sul sito dal 31 ottobre 2016 al 21 novembre 2016. Le Linee guida sono state approvate dal Consiglio in via definitiva nella seduta del 29 marzo 2017 (delibera n. 358) tenuto conto delle osservazioni formulate nell'ambito della consultazione pubblica svoltasi (¹³).

Nella fase della consultazione con riferimento all'ambito soggettivo di applicazione e a quanto indicato nelle LLGG in consultazione è stato chiesto di “chiarire esplicitamente che il Codice di comportamento debba essere applicato anche ai medici di medicina generale ed al restante personale convenzionato, compresi i professori ricercatori universitari (OIV SSR della Regione Emilia-Romagna), nonché alle figure degli “specializzandi, tesisti, volontari servizio civile, volontari” (in quanto operanti nei reparti delle strutture sanitarie e in quanto svolgono importanti attività a favore dei pazienti e degli utenti).

¹² V. *supra* nota 7.

¹³ Sul ruolo delle linee guida I. A. NICOTRA, *L'autorità nazionale anticorruzione e la soft regulation nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *L'Autorità nazionale anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, a cura di I.A. Nicotra, Torino, 2016, p 33 ss.

Analogamente è stato suggerito di specificare in modo più esplicito l'applicabilità del Codice etico e di comportamento al personale universitario che svolge attività assistenziale nelle aziende universitarie, al fine di chiarire, al di fuori di ogni ragionevole dubbio che detto personale è assimilabile agli altri operatori nel momento dell'assistenza (RPCT AOU Careggi)" (¹⁴).

Quanto alla richiesta di estensione dell'ambito soggettivo di applicazione del Codice di comportamento l'osservazione ANAC l'ha condivisa e accolta, modificando il testo delle LLGG in consultazione, in particolare la lett. a) del § 4.3.

I codici etici rappresentano uno strumento di prevenzione della corruzione intesa come limite alla attuazione di uno dei caposaldi del buon andamento della pubblica amministrazione ovvero l'imparzialità e dell'uguaglianza dei cittadini (¹⁵).

La soluzione dell'Autorità risulta condivisibile purchè della norma si dia interpretazione costituzionalmente orientata e nei codici etici degli enti si preveda il requisito della compatibilità delle regole del codice etico rispetto all'esecuzione delle primarie prestazioni del medico universitario che sono ricerca e didattica.

Le linee guida, nella loro generalità, non presentano assolute incompatibilità, ma problemi potrebbero porsi con i codici etici approvati dai vari enti.

Potremmo ipotizzare i seguenti conflitti rispetto a possibili codici aziendali:

- a. una eventuale previsione che il dipendente non possa accettare incarichi di collaborazione a qualunque titolo, diretti o indiretti, in qualunque modo retribuiti o anche gratuiti, da soggetti o enti privati, finisce per escludere, ove intesa in senso assoluto e senza verifica di compatibilità, l'attività c.d. di terza missione che i PRU sono tenuti a compiere.
- b. Le limitazioni alla possibilità di rendere disponibili dati riconducibili alla propria attività assistenziale possono confliggere con i doveri di ricerca e disseminazione della ricerca dei PRU nonché con il principio costituzionale di libertà della ricerca e della manifestazione del pensiero, laddove impediscano la pubblicazione dei dati pur nel rispetto della disciplina della privacy. Si pensi a "studi di registro" e "case reports", in cui i dati clinici vengono rilevati ed inseriti in forma anonima, ancorché non aggregata.
- c. Un eventuale divieto per i dipendenti di intrattenere rapporti con i media in merito alle attività istituzionali, risulta, se inteso in maniera assoluta senza valutazioni di compatibilità, in contrasto con la attività di ricerca dei PRU e con la sua relativa disseminazione. Si pensi p.es. a

14

<https://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anacdocs/Attivita/Atti/determinazioni/2017/358/Relazione%20AIR.pdf>

¹⁵ U. ALLEGRETTI, voce *Imparzialità e Buon Andamento della Pubblica Amministrazione*, in *Dig. Disc. pubbl.*, vol. VI, Torino, 1993, p. 135 ss.; F. PATERNITI, *La tutela preventiva della imparzialità della pubblica amministrazione nella nuova normativa anticorruzione*, in *L'Autorità nazionale anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, cit., p. 91 ss.

ricerche epidemiologiche su morbosità intraospedaliera, etc. pubblicate su riviste scientifiche ma anche su riviste di informazione di massa sempre in attuazione della terza missione dei medici universitari.

Ricordiamo infine che le disposizioni dei codici di condotta non sono volte alla tutela diretta dell'ordine sociale, come le norme penali, per cui la violazione delle regole di comportamento ivi contenute importa come risposta immediata la irrogazione della sanzione volta a ricostituire l'ordine violato, ma rappresentano piuttosto strumenti di prevenzione del turbamento dell'ordine sociale ⁽¹⁶⁾. Potremmo anche dire che, come in altri ambiti, si ha un passaggio dalla regola alla *governance* che porta il diritto ad intervenire in via preventiva rispetto ad una possibile turbativa dell'ordine sociale cercando di gestire il relativo rischio ed aprendo a bilanciamenti in concreto degli interessi coinvolti ⁽¹⁷⁾.

La mancata conformazione ai *conducts code* dovrebbe allora aprire ad un confronto tra incolpato e autorità, nonché a valutazioni che considerino la situazione in fatto secondo principi di proporzionalità e ragionevolezza avuto riguardo, in caso di violazione commesse dai PRU, anche alla compatibilità in concreto della regola di condotta rispetto all'attività di ricerca e di didattica ⁽¹⁸⁾. In relazione all'applicazione dei codici di condotta dell'azienda ospedaliera ai medici universitari, sarebbe peraltro auspicabile una verifica preventiva della suddetta compatibilità, con la previsione di procedure *ad hoc* che richiedano ai PRU di comunicare la condotta potenzialmente in conflitto con il codice di condotta indicando la ragione della incompatibilità nel caso concreto tra la

¹⁶ Da qui la necessità di riflettere sull'importanza della *soft regulation* in una logica di prevenzione e di effettivo buon andamento della pubblica amministrazione. Si veda il già ricordato saggio I. A. NICOTRA, *L'autorità nazionale anticorruzione e la soft regulation nel nuovo codice dei contratti pubblici*, op. loc. cit.

¹⁷ M. R. FERRARESE, *Soft law: funzioni e definizioni*, in *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, in *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, a cura di A. Somma, Torino, 2009, p. 71 ss

¹⁸ “Nella Pubblica amministrazione il principio di proporzionalità è inteso nella sua accezione etimologica e, dunque, da riferire al senso di equità e di giustizia, che deve sempre caratterizzare la soluzione del caso concreto, non solo in sede amministrativa, ma anche in sede giurisdizionale; parallelamente, la ragionevolezza costituisce un criterio al cui interno convergono altri principi generali dell'azione amministrativa (imparzialità, uguaglianza, buon andamento) e la Pubblica amministrazione, in forza di tale principio, deve rispettare una direttiva di razionalità operativa al fine di evitare decisioni arbitrarie od irrazionali; in virtù di tale principio, l'azione dei pubblici poteri non deve essere censurabile sotto il profilo della logicità e dell'aderenza ai dati di fatto risultanti dal caso concreto: da ciò deriva che la Pubblica amministrazione, nell'esercizio del proprio potere, non può applicare meccanicamente le norme, ma deve necessariamente eseguirle in coerenza con i parametri della logicità, proporzionalità ed adeguatezza; aggiungasi che il criterio di ragionevolezza impone di far prevalere la sostanza sulla forma qualora si sia in presenza di vizi meramente formali o procedurali, in relazione a posizioni che abbiano assunto una consistenza tale da ingenerare un legittimo affidamento circa la loro regolarità.”: Consiglio di Stato, 20 Febbraio 2017, n. 746, in *De jure*.

Un libro, non recente in cui gli autori fanno il punto su come regole di condotta eccessivamente rigide ordinate al perseguimento dell'obbiettivo della integrità della P.A., possono finire, ove non applicate in maniera ragionevole e proporzionata, per renderla inefficiente a danno dell'interesse generale. Si veda F. ANECHIARICO JAMES B. JACOBS, *The Pursuit of Absolute Integrity. How corruption control makes government ineffective*, Chicago, 1996.

regola di condotta e funzioni di ricerca e didattica. Della relativa valutazione dovrebbero inoltre essere investiti organismi rappresentativi sia della componente aziendale sia di quella universitaria. L'auspicio è che tali nodi problematici trovino soluzione nei protocolli tra le Università e le Aziende Ospedaliere tenuto conto degli interessi generali che fanno da sfondo ai rapporti di lavoro in ambito sanitario-universitario.

(<http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/Delibere>)