

***Il profilo giuridico del Medico di Medicina Generale
Relazione per il Seminario del 3 luglio ore 10.00
(integra documento power point allegato)***

1. CENNI AL CONTESTO

La storia del nostro sistema sanitario nazionale fotografa il MMG come la figura chiave, come il perno professionale intorno al quale tutti i servizi e le strutture ruotano, rappresentando quella del medico di famiglia la figura di primo riferimento, fiducia e contatto per il cittadino, tanto in via preventiva quanto di fronte alla diagnosi di patologie.

Il carattere basilare della professione del medico di medicina generale è connesso al relativo profilo fiduciario, attestato dalla struttura relazionale che lo lega al cittadino (la c.d. libera scelta, la possibilità di revoca, la regola del massimale), la quale per tanto mal si presta ad essere mediata/filtrata dalle Strutture del SSN il meno possibile, per ispirarsi piuttosto al rapporto diretto/personale con i cittadini coinvolti (diversamente da quanto accade per i medici specialisti, le cui competenze sono espressione di un'esigenza sistemica di specializzazione e ripartizione del lavoro).

La figura del MMG adotta anche in Italia la veste di gate-keeper, facendo da "apri porta" ai servizi specialistici ospedalieri e non ospedalieri. Opera dunque in via coordinata con le altre figure sanitarie e mediche del SSN, sia dipendenti che autonome.

Tra i propositi di questo seminario, che muove dall'analisi della posizione giuridica del MMG e dalle fonti normative relative, c'è quello di indagare una linea distintiva di questa relazione professionale del SSN rispetto a quella del medico dipendente.

L'importanza sociale e la suddetta connotazione fiduciario-personalistica del rapporto convenzionato, sono quanto, verosimilmente, ha giustificato nella storia e continua a giustificare, il carattere autonomo della fonte normativa posta a presidiarne la disciplina. La sostanziale dipendenza economica, e la necessità di una forte integrazione nel SSN rendono per altro verso, in sé stesse, poco giustificabile l'attuale specialità regolativa e diversificazione rispetto al settore del pubblico impiego.

I rappresentanti dei medici da un lato, e le amministrazioni pubbliche interessate dall'altro lato, sono coloro che negoziano e co-determinano le regole, seppur nel rispetto di principi che presiedono alla coerenza del sistema ed al suo coordinamento con l'ordinamento giuridico nella concezione più ampia, dando così luogo ad una rara attuazione dell'art. 46 Costituzione sulla partecipazione dei lavoratori all'impresa - tanto più comprensibile trattandosi di settore pubblico.

Si tratta di una negoziazione complessa, che muove, o dovrebbe muovere, dalla base del sistema sanitario, in rappresentanza delle diverse parti interessate ai vari livelli, e che certamente trova il suo "colmo" nella negoziazione in sede nazionale; la forma di "Intesa in Conferenza Stato-Regioni" che assumono gli ACN costituisce l'attuale formula di collegamento di questa struttura speciale di negoziazione rispetto al sistema Stato nazione - di seguito alla "regionalizzazione" della materia sanitaria.

La centralità del MMG, sia in chiave di categoria tecnico/professionale, sia per il ruolo gestionale e sistemico, si registra in tutta Europa, naturalmente con sfumature connesse alle diverse matrici che

contraddistinguono lo sviluppo storico di ciascuna realtà (dove di taglio bismarkiano, dove beverigiano).

Il MMG è un dipendente in Svezia, Finlandia, Spagna, Portogallo e Grecia, mentre è un libero professionista in Austria, Belgio, Francia, Germania, Lussemburgo; è un convenzionato, oltre che in Italia, anche in Danimarca, Olanda, Irlanda, Inghilterra.

Nei paesi anglosassoni le categorie legali che descrivono il rapporto di lavoro dei sanitari all'interno del sistema nazionale possono essere comparate con quelle italiane: la libera professione italiana corrisponde al "*contract*", la relazione dipendente corrisponde alla "*hierarchy*", la relazione convenzionata può essere corrispondente alla c.d. "*quasi - hierarchy*" (parasubordinazione in italiano).

Le categorie remunerative sono anche queste comparabili (il sanitario può essere remunerato su base salariale - *salary* -, con una tassa sulla prestazione o ticket - *fee for service*, con una remunerazione capitaria - *capitation* e sono da monitorare formule nuove di remunerazione come quelle introdotte nel Regno Unito su base meritocratica legata alla effettiva qualità del servizio reso, obiettivi raggiunti etc. - *pay for performance* ma anche in Italia con la retribuzione variabili in base alla produttività.

2. LE NORME

Il rapporto di lavoro convenzionato costituisce un'espressione dell'autonomia certamente "speciale", a carattere funzionalizzato rispetto a interessi costituzionalmente tutelati.

Le norme fondative del vigente sistema di contrattazione sono, in primo luogo, l'art. 48 della Legge n. 833 del 1970 istitutiva del SSN, in secondo luogo la norma di cui all'art. 8 del D.lgs 502 del 1992 sul riordino del SSN.

Mentre la prima norma si esprime in termini indicativi, indica cioè i contenuti che l'ACN deve avere, senza pretese di auto-collocarsi in posizione gerarchica particolare nell'ordinamento, nel dettato dell'art. 8 del 1992 il legislatore delegato ha adottato una formulazione letterale che si esprime invece con la qualità del "principio" dunque di una norma il cui carattere di inderogabilità/imperatività appare rafforzato in sé.

Sul fronte del rispetto e dell'esecutività/efficacia delle regole, possiamo collocare le norme pattizie sul Collegio Paritetico Arbitrale (che paritetico non è: 4 membri su 7 sono espressione di una scelta della PA) come degli art. 25 e 27 ACN su monitoraggio e verifiche - collegabili a una norma di riferimento legale come l'art. 14 del D.lgs n. 505/1992 sul controllo della *qualità* dei servizi.

Tutto il settore sanitario costituisce un settore speciale a livello legislativo, ma anche su questo settore si applicheranno le regole e i principi derivanti dal diritto comunitario nella qualità di normativa prevalente.

Per quanto riguarda il settore del medico dipendente, la disciplina di riferimento è individuata nel testo unico di cui al D.lgs n. 165 del 2001, che disciplina i rapporti pubblici privatizzati. Oltre che dal CCNL di riferimento e dalle fonti europee. Le fonti europee di stampo giuslavorista sono applicabili, nella qualità di norme prevalenti su quelle di diritto interno, sia per il settore pubblico dipendente che per quello convenzionato.

Ambito normativo distinto e separato rispetto a quello che disciplina il rapporto individuale di lavoro, è quello che regola le c.d. relazioni sindacali.

In punto di relazioni sindacali, troviamo una sostanziale "tendenza" del settore convenzionato ad assumere la medesima disciplina del settore pubblico, posto che in questi termini si è espressa la norma legale di riferimento. La Legge n. 289 del 2002 (art. 52 comma 27 della Legge 289 del 2002, modificativo dell'art. 4 Legge n. 412/1991 comma 9) che ha istituito la SISAC quale struttura tecnica specificamente deputata alla negoziazione, indica l'applicazione delle norme previste dal

D.lgs n. 165/2001 con un richiamo morbido (“tenendo conto” di quanto già stabilito per il pubblico impiego).

3. RAPPORTO TRA AUTONOMIA COLLETTIVA (ACN) E LEGGE (INTERVENTO ETERONOMO)

La specificità della normativa della Medicina Generale sta certamente nella forte tenuta della fonte regolativa autonoma rispetto al settore del pubblico impiego, dove, specie a seguito della Riforma del 2009-2010, le relazioni sindacali sono state piuttosto de-potenziare.

Il tema della gerarchia delle fonti, specie nell’ambito del diritto del lavoro - e tanto più nell’ambito del sistema del servizio sanitario convenzionato che costituisce una fascia assolutamente speciale del diritto del lavoro - è un tema tutt’altro che rassicurante: negli ultimi anni in particolare, più che in passato, si tratta di navigare... non in mare aperto, ma di certo in un arcipelago con ponti tutti da consolidare.

Il tema del rapporto tra le fonti, si intreccia con il tema classico giuslavorista della norma inderogabile, cioè del problema di quale sia la norma derogabile da parte degli atti dell’autonomia (individuale o) collettiva. Esso è connesso anche ai processi di internazionalizzazione-globalizzazione dello scenario di riferimento, a cui il settore della sanità convenzionata è solo apparentemente poco permeabile, poichè si tratta di un processo che concerne la rivisitazione di molte delle nostre categorie culturali di base e specialmente quelle concernenti il c.s. Stato Sociale: nel settore che interessa pone la domanda sostanziale se il sindacato debba svolgere un ruolo di mera rappresentanza della categoria, ovvero un ruolo anche politico-istituzionale come sin qui ha fatto.

Ora, in punto di gerarchia tra norme va premesso che questa può esistere nei termini che seguono:

- 1) a favore delle norme di rango costituzionale/europeo (per cui nè leggi nè contratti possono violare norme costituzionali o internazionali),
- 2) a favore delle norme che legittimano regole di tenore “esecutivo” (es. il regolamento ministeriale o l’atto amministrativo in generale “eseguiti” tipicamente il dettato legislativo, e pertanto non può dettare norme con quest’ultimo in contrasto).

Per verificare il rapporto tra legge e ACN, ed eventualmente anche tra l’ACN e il potere unilaterale delle pubbliche amministrazioni nei limiti in cui la “spinta unilateralista” della Riforma Brunetta abbia rilievo pratico per il rapporto del MMG, possiamo prendere a riferimento legale il D.lgs n. 502/1992, la più recente normativa statale posta a fondamento del carattere necessario della contrattazione per la regolazione dei rapporti in questione, collante tra disciplina della categoria e sistema sanitario.

Ora, il contratto collettivo ad efficacia *erga-omnes* e la legge o gli atti aventi forza di legge, definibili entrambe come *norme primarie*, non si pone un rapporto di gerarchia formale: il contratto collettivo ha la stessa valenza della legge e può dunque derogarla, a meno che non si ritenga che la legge in questione, nella sua concezione di fonte materiale e sostanziale, non sia disposta a tutela di un interesse costituzionale ovvero di una norma europea, oppure nel caso che sia la legge a disporre d’imperio una riserva a proprio favore, sempre nell’ottica di preservare diritti e principi costituzionalmente tutelati.

L’art. 8 del D.lgs n. 502 del 1992, come già rilevato, si esprime come norma costituente del potere autonomo che si esercita con la sottoscrizione degli ACN ma anche orientatrice.

Per altro verso, l’art. 1372 c.c. asserisce che il contratto “ha forza di legge” tra le parti, e la normativa speciale del settore convenzionato conferisce all’ACN efficacia pari alla legge anche in

termini di applicazione soggettiva (cioè: l'ACN è valido come la legge non solo tra le parti, ma *erga-omnes*). Dunque, un caso di antinomia tra una statuizione dell'autonomia collettiva e la legge (quello per cui sarebbe dirimente il giudizio della Corte di Cassazione, per intenderci), si profila essenzialmente come una questione per il *riparto delle competenze*.

Non dimentichiamo, del resto, che nel pubblico impiego vige tutt'ora il primato del contratto collettivo *ex art. 2 D.lgs 165/2001* in punto di trattamento economico (anche se la lettera del nuovo D.lgs n. 165/2001 come modificato dalla riforma del 2009 fa desumere un'inversione del rapporto tra legge e contratto collettivo a pro della prima, e il blocco dei contratti ne costituisce espressione).

Mentre in passato, nell'era espansiva del diritto del lavoro, è stato facile attribuire ad ogni legge in materia di lavoro la qualità di legge inderogabile e preposta alla tutela del lavoro in tutte le sue forme *ex art. 35 Cost.*, oggi viceversa, tutta una serie di indici normativi e una dottrina in via di consolidamento stanno imponendo una lettura dell'*art. 35 Cost.* moderata (ovvero tesa alla derogabilità) e coordinata non solo con l'*art. 41 Cost.* in punto di libertà di iniziativa economica, ma anche con l'*art. 2* in punto di solidarietà generale (intesa come compartecipazione dei lavoratori alla vita socio/economica), e si può aggiungere con l'*art. 81 Cost.* come modificato dalla Legge costituzionale n. 1/2012 sul pareggio di bilancio, norma quest'ultima destinata a pesare soprattutto in punto di lavoro pubblico.

Questa considerazione apre ad un più ampio margine di intervento per l'autonomia collettiva in generale.

E del resto basta pensare a un intervento "incisivo" come è stato l'*art. 8 del D.lgs n. 138 del 2011*, convertito nella Legge n. 148 del 2011, che ha dato la possibilità ai contratti decentrati di derogare liberamente alla legge - comprese materie ritenute tradizionalmente legali-inderogabili come le mansioni - sebbene in parte "zittito" dalla stessa autonomia collettiva a livello interconfederale, per comprendere che il trend "pro diversificazione di trattamento" a scapito del trend uniformizzante proprio della legge statale, è ben in atto.

Detto questo in punto di rapporto tra l'ACN e la legge in generale, è il caso di soffermarsi sulla nuova formulazione dell'*art. 8 del D.lgs n. 502*, per il settore sanitario convenzionato, la quale ha espressamente previsto che *"le attività e le funzioni disciplinate dall'accordo collettivo nazionale siano individuate tra quelle previste nei livelli essenziali di assistenza (...) fatto salvo quanto previsto dalle singole regioni con riguardo ai livelli di assistenza ed alla relativa copertura economica a carico del bilancio regionale"*

La disposizione in questione è esplicita nel senso di delineare il carattere di fonte dell'ACN: il lavoro svolto dal personale convenzionato e disciplinato nell'ACN è individuato/qualificato come un livello essenziale di assistenza, fermo restando il coordinamento con la fonte regionale, anch'essa deputata a individuare i livelli di assistenza. A prescindere dalla considerazione della commistione del piano regolativo con il piano della tutela sostanziale, oltre che dal fatto che i L.E.A. esprimono una tutela per l'utenza, non per i lavoratori, si tratta di una disposizione la cui *ratio* merita un approfondimento, anche perchè collocata a priori rispetto al resto del testo: quale è stato, occorre cioè chiedersi, l'intento del legislatore, nell'emendare così la normativa per le professioni convenzionate?

Due sono le corde toccate dalla riforma Balduzzi in questo punto "0a" del comma 1 dell'*art. 8*: da un lato il nesso tra disciplina delle professioni convenzionate e i L.E.A., dall'altro lato il rapporto tra ACN e AIR.

La prima riflessione, considerato anche il dubbio sulla qualificazione degli ACN in termini di LEA come emerso dallo studio svolto in SISAC (studio risalente a un tempo precedente la riforma) è quella per cui il legislatore possa aver voluto fare chiarezza in quella situazione normativa appunto

dubbiosa, conferendo la natura “essenziale” al contenuto di tale fonte negoziale-istituzionalizzata, dove per “essenziale” si può leggere una forma di inderogabilità, con l’obiettivo esplicito di rinforzarne il valore a fronte di interventi legislativi o anche amministrativi tesi a de-potenziarla. Ovvero di avvalorarne la posizione (di intangibilità) rispetto agli AIR, benchè un tale risultato sia raggiunto attraverso una categoria concettuale “impropria” sotto il profilo giuslavoristico (LEA attiene alla prestazione dovuta all’utenza, non alla PA).

Il riferimento alla competenza regionale, di cui alla preposizione “*fatto salvo quanto previsto dalle regioni*” ribadisce in termini formali il potere regionale sovrano nell’individuazione delle attività e delle funzioni sanitarie, potere che però, nell’estrinsecarsi, non potrà che tener conto (trovare un riferimento/limite) nel coordinamento nazionale e uniformizzante di cui i LEA sono espressione in termini contenutistici e appunto essenziali.

A questo punto, dunque, nel settore convenzionato (volendosi qui rimanere nell’ambito di un’attività non arbitraria e potendosi del resto escludere ipotesi di eccesso di potere - posto che gli accordi costituiscono un’espressione mediata di diversi interessi contrapposti, alieno al pieno libero arbitrio - e del resto le norme generali sull’invalidità dei contratti possono costituire una barriera di sistema anche in questo ambito) appare inverosimile prospettare una condizione di illegittimità dell’ACN rispetto alla legge, dal momento che è la legge stessa a legittimare l’ACN quale fonte primaria del rapporto di lavoro che interessa. Questo si può concludere anche alla luce della giurisprudenza che si è occupata della natura dell’ACN - essenzialmente nella prospettiva di applicarvi criteri interpretativi di natura pubblicistica o privatistica nel concedere/non concedere l’applicazione di specifici trattamenti.

4. I VUOTI LASCIATI DALL’ ACN E IL POTERE DELLA PA

Più concreta potrebbe essere una questione di “tenuta” dell’ACN di fronte all’esercizio di potere unilaterale da parte dell’amministrazione pubblica: la riforma del Pubblico Impiego è incisiva nel senso di de-potenziale il contratto collettivo in generale, fatta eccezione per poche materie per cui il confronto sindacale continua ad avere una corsia esclusiva (ma su questo fronte il parallelo P.I. - servizio convenzionato non è percorribile in via immediata) e potrebbe generare applicazioni unilaterali della legge da parte del datore di lavoro pubblico tesi a “superare” il contratto collettivo.

Dal punto di vista teorico-legale è semplice affermare la prevalenza dell’Accordo: il potere unilaterale del datore di lavoro non può superare la pattuizione negoziale con veste di Intesa della Conferenza Stato - Regioni per il motivo che il primo costituisce una fonte secondaria-applicativa rispetto ad una fonte primaria qual’è l’ACN “ratificato”.

Ma rimangono da considerare i c.d. spazi vuoti, gli spazi cioè lasciati vuoti dall’ACN, da questo non regolati nè previsti.

Qui emerge la tematica della natura parasubordinata della categoria, come tale atta a vedersi dettare linee direttive che sono l’espressione del “coordinamento” con la parte datoriale, tipico della parasubordinazione.

La questione assume la veste della domanda seguente: fino a che punto il datore di lavoro pubblico può esercitare il suo potere a limitazione dell’autonomia del MMG, oltre quanto accordato nell’ACN)? E’ prospettabile l’esercizio di un potere sanzionatorio diretto?

A posteriori si può cercare qualche indice di risposta nella giurisprudenza: il principio della disciplina privatistica del rapporto, la natura di diritto soggettivo delle posizioni coinvolte, anche in punto di accesso al rapporto, il principio del potere di sorveglianza della PA.

E' espressamente contemplato da una giurisprudenza consolidata, a corollario del rapporto di natura coordinata/parasubordinata, un "potere di sorveglianza" che può essere esercitato dalla PA nei confronti del MMG, potere che attiene al momento della verifica delle attività svolte.

Dunque, da un lato, l'attività viene svolta nei termini del coordinamento, il quale si desume, quanto ai contenuti, nella lettera degli accordi collettivi e non anche nel contesto di atti unilaterali della singola regione o azienda sanitaria, dall'altro lato, il susseguente potere di impulso per la relativa sorveglianza può ben provenire in via unilaterale dalla PA (quando non direttamente dal cittadino attraverso le procedure di reclamo disciplinate).

In altre parole, se la fonte della norma rimane quella condivisa (l'accordo) il potere atto a verificare la corretta esecuzione, *ex post*, di quella norma rimane, e dovrebbe rimanere, in ultima analisi, quello della PA, auspicabilmente ed in modo prevalente, su segnalazione dell'utenza. Questo avviene sulla base della regola *pacta sunt servanda* che trova nella qualificazione degli ACN come fonti normative formalizzate a livello istituzionale (Confersenza Stato-Regioni) un motivo di ovvio rafforzamento.

Per altro verso, su questo punto chiave, abbiamo una giurisprudenza di legittimità che definisce la posizione del libero professionista in modo dichiaratamente distinto da quello dei medici dipendenti sotto il profilo della responsabilità professionale: Cass. n.36502 del 2008 escludeva la corresponsabilità della ASL, la quale invece viene presupposta in caso di medici dipendenti. Vale a dire, la PA non si deve ritenere responsabile direttamente per l'operato del MMG.

CONCLUSIONI

Il carattere fiduciario diretto del MMG con l'utenza giustifica, da un lato, il rinvio ad una regolazione autonoma di carattere primario, dall'altro la bassa condivisione delle PA rispetto alle responsabilità derivanti dall'attività così autonomamente svolta. La giurisprudenza che nega una corresponsabilità della ASL per l'operato del MMG fa dunque da corollario alla posizione del tutto speciale di questa categoria, rendendo debole l'argomento di un potere sanzionatorio diretto da parte della PA stessa, per far apparire più praticabili e razionali gli argomenti della trasparenza delle procedure, del controllo incrociato attraverso le forme di aggregazione professionale multidisciplinare.

Nell'ottica di interventi rispetto alle disposizioni negoziali, la maniglia cui aggrapparsi per la parte pubblica (sia in chiave legislativa che in chiave regolamentare-amministrativa) appare data dalla sola necessaria funzionalizzazione della professione medico/convenzionata al perseguimento di valori costituzionali e/o europei.