

# STUDIO LEGALE CIRESE

Via C. Fracassini, 4 - 00196 Roma

tel +39 063235710

e-mail: [info@studiocirese.com](mailto:info@studiocirese.com) – pec: [studiocirese@epcc.it](mailto:studiocirese@epcc.it)

C.F. CRS VNA 55B43 G482C - P.I. 05791870586

*Avv. Vania Cirese*

*Patrocinante in Cassazione*

*Esperto AGENAS*

*Esperta in Responsabilità sanitaria*

Chiarissimo Prof.

Pierluigi Marini

Presidente ACOI

Oggetto: messe a disposizione dei chirurghi nei reparti COVID

## PARERE

Varie aziende e regioni segnalano che i chirurghi oralmente o con lettera (“disposizioni aziendali relative alla gestione della pandemia Covid19 e forme analoghe”) sono messi a disposizione nell'equipe Covid19 per insufficienza del personale dirigente medico malattie infettive e pneumologia a garantire un'adeguata copertura dei turni di servizio. Le aziende prendono a giustificazione la "decretazione d'urgenza" e ritengono legittimo per individuare e assegnare a vari servizi/reparti ospedalieri il personale della dirigenza sanitaria a prescindere dalle discipline, dalle specializzazioni dei professionisti e dalle vigenti norme contrattuali, ritenendo di poter rimodulare tutte le attività non urgenti e differibili, compresa l'intramoenia, guardie e pronta disponibilità.

In altre parole per fronteggiare l'emergenza epidemiologica Covid19 che perdura nel tempo, le aziende distolgono i chirurghi dalle funzioni tipiche del loro profilo professionale per destinarli alle cure dei pazienti Covid.

Appare opportuno verificare se l'impianto normativo ordinario e quello emergenziale attualmente in vigore autorizzino le ASL ad adottare simili misure o se invece i provvedimenti in questione

presentino aspetti di illegittimità in grado di consentire ai dipendenti interessati di muovere obiezioni alle Aziende sanitarie di appartenenza a mezzo della società scientifica. Occorre soffermarsi dapprima su alcuni aspetti preliminari.

Come noto, nell'ambito dei diversi servizi ospedalieri, la continuità assistenziale dei pazienti ricoverati e la gestione delle emergenze/urgenze devono essere garantite attraverso l'impiego di personale medico in possesso di adeguate competenze specialistiche, così come previsto dalla legge e dal contratto, in modo da rispettare il principio di appropriatezza e sicurezza delle cure, nonché di tutelare il diritto alla salute dei cittadini (art. 32, Cost., art. 1, L. n. 24/2017).

In particolare, il criterio dell'area e disciplina di appartenenza del dirigente medico e sanitario, così come definiti con l'accesso concorsuale, unitamente al contenuto dell'incarico dirigenziale, delineano il perimetro delle mansioni esigibili dal personale in relazione agli obiettivi assegnati e ai programmi da realizzare (art. 15, D.lgs. n. 502/1992, DPR n. 483/1997, art. 19, Ccnl 19.12.2019).

Per la dirigenza medica il concetto di equivalenza delle mansioni non può che misurarsi avendo riguardo al criterio di equipollenza delle discipline, come normato dal D.M. 30 gennaio 1998, per cui il medico può essere chiamato ad espletare tutte e solo quelle funzioni sanitarie strettamente connesse o equipollenti alla disciplina specialistica oggetto dell'incarico.

Ciò vale sia per l'attività istituzionale che per altri istituti contrattuali, quali, ad esempio, l'esercizio della libera professione intramuraria, i servizi di guardia o di pronta disponibilità e, soprattutto, per la mobilità interna ordinaria o d'urgenza.

Il predetto principio è stato confermato da diverse pronunce della giurisprudenza di merito (Trib. di Catania, 11 maggio 2016, n. 2016; Trib. di Oristano, 18 ottobre 2019, n. 292), le quali hanno dichiarato illegittimo l'impiego di dirigenti medici in branche specialistiche tra loro non equipollenti.

Risulta che alcune Direzioni Aziendali, al fine di attuare gli indirizzi regionali sulla modifica degli assetti clinico assistenziali per la gestione dell'emergenza epidemiologica, abbiano deciso di assegnare ai reparti che ospitano degenti COVID, personale medico inquadrato in discipline non equipollenti od omogenee rispetto alla Medicina interna o a quella di Malattie Infettive, come tale privo delle competenze specialistiche necessarie a gestire una patologia così complessa come l'infezione virale da Covid-19, ed in particolare i chirurghi.

Val la pena innanzitutto analizzare la disciplina contrattuale che regola, nel settore della dirigenza

medica pubblica, la c.d. mobilità d'urgenza. Tale istituto, infatti, è lo strumento ordinario più vicino al caso prospettato, in quanto consente alle ASL regionali di assegnare temporaneamente un dirigente a strutture, unità o reparti diversi da quelli di appartenenza contrattuale.

Al fine di una maggiore precisione ho consultato uno studio specializzato in materia giuslavorista in persona degli avvocati Pizzuti e Vigliotti. Dall'indagine congiuntamente esperita si può evidenziare quanto segue.

### **1. La mobilità d'urgenza nel regime ordinario.**

La mobilità d'urgenza, prevista e disciplinata dall'art. 16, comma 3, CCNL del 10 febbraio 2004, è uno strumento ideato dalle parti sociali del comparto per consentire, al verificarsi di situazioni contingibili ed imprevedibili, di evitare disservizi all'assistenza medico-sanitaria coprendo le eventuali carenze strutturali di un reparto con l'impiego di dirigenti medici non originariamente assegnati a quest'ultimo. Con tale forma di mobilità, dunque, è possibile disporre dislocazioni strutturali di personale dirigenziale senza l'espletamento di una formale procedura di incarico sostitutivo (prevista in origine dall'art. 18 del CCNL 8 giugno 2000, ed ora confluita nell'art. 22 del CCNL del 19 dicembre 2019).

La natura eccezionale di tale strumento fa sì che siano dettati dalla contrattazione collettiva alcuni limiti stringenti. Innanzitutto, le ragioni di urgenza devono essere chiare ed esplicite, cioè devono essere individuate dall'Azienda già nel provvedimento che la dispone. Inoltre, per espressa previsione della norma contrattuale (art. 16, co. 4, del citato CCNL), la mobilità infra-aziendale d'urgenza deve imprescindibilmente avvenire «*nell'ambito della disciplina di appartenenza*» e deve avere carattere provvisorio, potendo durare «*per il tempo strettamente necessario al perdurare delle situazioni di emergenza*» e comunque non oltre «*il limite massimo di un mese nell'anno solare, salvo consenso del dirigente sia per la proroga che per la durata*». La mobilità in questione, infine, deve essere effettuata «*a rotazione tra tutti i dirigenti*», a prescindere dal tipo di incarico conferito.

Le disposizioni aziendali indicate nel quesito sottoposto possiedono caratteristiche sono parzialmente coincidenti con quelle appena individuate. Come si evince dai provvedimenti aziendali l'assegnazione ai reparti Covid-19 è certamente connessa ad una situazione contingibile ed imprevedibile – ossia lo sviluppo dell'emergenza epidemiologica su tutto il territorio nazionale – ma non è temporalmente circoscritta ai 30 giorni indicati contrattualmente, e non prevede, in nessuna sua parte, l'obbligo di acquisire il preliminare consenso degli interessati per l'estensione o

la proroga dell'assegnazione sostitutiva oltre i limiti consentiti.

Non sembra contemplata nei provvedimenti in questione alcuna valutazione della disciplina medica di appartenenza dei dirigenti da assegnare ai reparti Covid-19, con la conseguenza che potranno essere interessati dalla mobilità interna anche i dipendenti / professionisti specializzati in aree mediche non conferenti con la cura delle infezioni da Sars-Cov-2.

In tale quadro, la disposizione aziendale oggetto del quesito non pare potersi ricondurre alle regole ordinarie e, in particolare, all'istituto della mobilità d'urgenza prevista dalla disciplina collettiva, con la conseguenza che la sua legittimazione dovrà essere eventualmente cercata nelle norme emergenziali che presiedono alla gestione delle risorse di personale dirigenziale nel settore della sanità pubblica.

## **2. La gestione delle risorse mediche nella disciplina emergenziale.**

La situazione emergenziale generata dalla diffusione su tutto il territorio nazionale del contagio da Sars-Cov-2 ha imposto alle istituzioni un notevole sforzo legislativo per ovviare alle carenze strutturali del Sistema Sanitario Nazionale e per dare pronta risposta alle nuove esigenze di cura.

L'impianto normativo di riferimento è molto ampio e le misure sono tra loro assai diverse. Con riferimento alla gestione del personale medico impegnato, però, possono essere individuati due macro-ambiti di intervento: il primo consiste nel rafforzamento dell'organico lavorativo a disposizione del Sistema Sanitario Nazionale; l'altro, invece, consente limitate e specifiche modifiche unilaterali delle strutture e delle dotazioni preesistenti, al fine di adattare alle nuove esigenze di cura ed assistenza dei pazienti malati di Covid-19, all'uopo disponendo risorse di tipo premiale per i lavoratori interessati dalle modifiche.

Il primo macro-ambito è quello dove si è intervenuti con maggiori risorse finanziarie e con maggiori strumenti operativi. Tra le misure adottate si ricordano le assunzioni straordinarie nel Ministero della Salute e nelle ASL territoriali (sia per il personale medico che per il personale infermieristico), la possibilità di contrattualizzare gli specializzandi dell'ultimo e penultimo anno, nonché i neo-laureati in medicina e chirurgia, e quella residuale, attivabile in caso di esaurimento delle graduatorie concorsuali disponibili, di conferire incarichi di lavoro autonomo anche ai dirigenti medici, veterinari e sanitari posti in quiescenza (v. artt. 2 e ss. del D.L. n. 18/2020, come convertito dalla L. n. 27/2020).

Nel secondo macro-ambito, invece, deve essere collocato, *in primis*, l'art. 1 del D.L. n. 18/2020, con il quale è stato previsto l'incremento dei fondi contrattuali per le condizioni di lavoro della dirigenza medica e sanitaria, dei fondi contrattuali per le condizioni di lavoro e incarichi del

personale del comparto sanità nonché dei relativi fondi incentivanti. Può essere certamente incluso nel secondo gruppo di disposizioni anche l'art. 5-*sexies* del medesimo Decreto, a mente del quale *«Al fine di impiegare il personale sanitario delle strutture pubbliche o private prioritariamente nella gestione dell'emergenza, le regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano possono rimodulare o sospendere le attività di ricovero e ambulatoriali differibili e non urgenti, ivi incluse quelle erogate in regime di libera professione intramuraria. Agli esercenti le professioni sanitarie, impegnati a far fronte alla gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, ai sensi dell'articolo 17, paragrafo 2, della direttiva 2003/88/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 novembre 2003, non si applicano le disposizioni sui limiti massimi di orario di lavoro prescritti dai contratti collettivi nazionali di lavoro di settore, a condizione che venga loro concessa una protezione appropriata, secondo modalità individuate mediante accordo quadro nazionale, sentite le rappresentanze sindacali unitarie e le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative»*.

Quest'ultima disposizione assume particolare rilievo per rispondere al quesito sottoposto, anche perché alcuni atti aziendali la citano come riferimento normativo decisivo per legittimare l'assegnazione dei dirigenti medici ai reparti Covid-19.

Essa si occupa, innanzitutto, di consentire alle Regioni, e dunque alle ASL che operano all'interno dell'ordinamento sanitario regionale, di rimodulare o sospendere le attività di ricovero e quelle ambulatoriali non riferite ai pazienti affetti da corona-virus e comunque differibili e non urgenti. In pratica, le Aziende sanitarie sono legittimate a riprogrammare i servizi di cura ed assistenza non prioritari, quelli cioè che non espongono i pazienti a compromissioni del bene primario della salute in caso di differimento, spostamento o riorganizzazione. Ciò con l'evidente obiettivo di concentrare risorse economiche e organizzative sui reparti Covid-19.

La norma in questione, poi, prevede, al comma 2, una deroga alle regole contrattuali e di legge in materia di orario massimo di lavoro dei dipendenti del settore sanitario – inclusi i dirigenti medici –, consentendo così l'imposizione di turni più lunghi ma solo in presenza di un accordo quadro, siglato anche con le rappresentanze sindacali, che preveda idonee misure di protezione dell'integrità psico-fisica di tali lavoratori.

**Come si evince chiaramente, dunque, in nessuna sua parte la norma in commento autorizza le ASL delle Regioni italiane a disporre assegnazioni d'urgenza ai reparti Covid-19, travalicando i limiti temporali della contrattazione collettiva e ignorando i vincoli di disciplina e specializzazione dei dirigenti medici ricollocati per far fronte alla situazione di carenza di personale nei reparti emergenziali. Essa, infatti, si limita a consentire la riduzione**

**o sospensione dei livelli assistenziali non urgenti e la deroga alle regole sull'orario di lavoro del personale, a patto che siano previste forme di "compensazione" in sede collettiva.**

Non è escluso, dunque, che possano essere disposti provvedimenti di mobilità d'urgenza, ma non può ricavarsi, dal dato testuale della norma, la legittimazione delle ASL a disporre tali mobilità in deroga alle regole contrattuali.

Né appare possibile fornire una interpretazione estensiva della norma in questione, in maniera tale da rendere applicabili le deroghe previste al comma 2 in materia di orario di lavoro anche all'istituto della mobilità d'urgenza. Trattandosi, infatti, di disposizione emergenziale, come tale dettata per rispondere ad esigenze specifiche e determinate, essa non può che essere letta in maniera restrittiva, e cioè evitando che la deroga alle regole ordinarie sia dilatata oltre il suo effettivo contenuto dispositivo.

**Piuttosto, le norme dell'art. 5-sexies sembrano doversi leggere in combinato disposto con le misure straordinarie di assunzione precedentemente citate, rispetto alle quali esse rivestono un ruolo di completamento ed integrazione. In pratica, la strategia sanitaria che emerge dalle disposizioni emergenziali pare fondarsi principalmente sul rafforzamento della pianta organica tramite nuove assunzioni e nuovi contratti di collaborazione, e, solo in caso di insufficienza di tali misure, sembra consentire alcune limitate modifiche organizzative.**

**Gli atti aziendali che obbligano i chirurghi ad occuparsi dei pazienti Covid non sembrano essere ricollegabili alle norme emergenziali dettate per far fronte alle esigenze di cura durante l'epidemia, non essendo state dettate deroghe specifiche in materia di ricollocazione e mobilità del personale medico addetto a reparti ed unità diverse da quelle interessate dall'assistenza a pazienti affetti da Covid-19.**

Da quanto fin qui illustrato possono trarsi le conclusioni che seguono.

L'impianto normativo di riferimento (L27/2020 art. 1 e 5) legittima gli enti (regioni / aziende) a rafforzare l'organico mediante nuove assunzioni e solo in caso di insufficienza di detti rimedi, che devono comunque prima essere adottati, sono consentite limitate modifiche (rimodulazione / sospensione) dell'organico esistente.

E' stata invero prevista l'allocazione di risorse finanziarie per assunzioni straordinarie di personale medico ed infermieristico da destinare all'assistenza dei pazienti affetti da Covid19. Non è giustificato che a fronte di inerzia, ossia di mancate nuove assunzioni e adozioni di presidi le aziende assegnino a servizi / reparti di assistenza Covid personale della dirigenza sanitaria in organico ed in particolare i chirurghi, prescindendo da "eventuali discipline e specializzazioni".

Ingiustificati provvedimenti in tal senso ossia senza che l'azienda abbia provveduto a nuove assunzioni specifiche e finalizzate all'assistenza dei malati Covid, espongono ad una serie di rischi:

1. Potrebbero non essere fornite cure adeguate ai pazienti Covid perché erogate da parte di personale "comandato" non dotato della preparazione necessaria a tal fine in quanto anche se molto competente tuttavia esercente funzioni inerenti ad un'altra branca specialistica;
2. Potrebbero essere pretermessi o ritardati trattamenti ed interventi nei confronti dei pazienti con patologie chirurgiche che potrebbero essere gravemente danneggiati;
3. I chirurghi ingiustificatamente sottratti alle prestazioni di opera professionale nei reparti di loro competenza non sono muniti di copertura assicurativa (tantomeno di colpa grave) perché le polizze dispiegano i loro effetti con riferimento alla specialistica ed alle funzioni esercitate in relazione al profilo professionale di appartenenza e al ruolo ricoperto;
4. Sicuramente si assisterebbe ad un incremento del contenzioso medico-legale da parte di pazienti con patologie di pertinenza chirurgica non curati, pronti a sporgere denunce per omesse o tardive diagnosi ed interventi non tempestivamente eseguiti; ma anche da parte di pazienti affetti dal virus che hanno diritto a cure erogate da personale specializzato in materia;
5. La mancata copertura assicurativa esporrebbe medici e strutture al risarcimento in proprio, oltre al rischio di denunce in caso di eventi avversi (lesioni / omicidio colposo);
6. Poiché le condotte sono poste in essere con consapevolezza e volontà potrebbero ricorrere altre ben più gravi fattispecie criminose dolose (omissione di soccorso, omissione di atti di ufficio);
7. Il meccanismo potrebbe prestarsi anche ad abusi per l'inevitabile "selezione" dei pazienti da curare atteso l'ingrossamento delle liste di attesa;
8. Palese poi sarebbe la violazione della legge Gelli (L.24/2017 art.1) non potendo essere garantite cure in sicurezza, nonché la violazione di diritti fondamentali tra cui quello alla salute costituzionalmente garantito a tutti i pazienti con un criterio di uguaglianza.

**Invero la regolamentazione emergenziale di riferimento consente la riprogrammazione / rimodulazione dei servizi di cure e assistenza non prioritari cioè che non espongono i pazienti a compromissione del bene salute in caso di differimento, spostamento, riorganizzazione. Atteso che per detta rimodulazione o sospensione di attività di ricovero e ambulatoriale si fa riferimento ad attività differibili e non urgenti non v'è dubbio che tra**

**queste non sia annoverabile l'attività chirurgica nel cui ambito perfino gli interventi di elezione sono spesso non differibili ( poichè tempo dipendente ) e la maggior parte dei trattamenti è urgente e non rinviabile.**

Non sembra dunque praticabile la strada intrapresa da varie aziende di far fronte alla citata "annosa carenza di personale sanitario" resa più evidente e grave in tempo Covid, spostando i chirurghi dai reparti in cui devono e possono svolgere le loro funzioni specialistiche, inviandoli a reparti dedicati alla cura dei pazienti che hanno contratto il virus e che attendono di essere invece assistiti da personale a ciò deputato, munito di competenze in materia, reclutato con le assunzioni straordinarie previste dalla legislazione emergenziale (1.27/2020).

Non appare né legittimo né opportuno distogliere i chirurghi dalle loro prestazioni professionali afferenti alla loro disciplina e al loro profilo professionale trascurando e / o mettendo a rischio i pazienti da gestire nei loro reparti.

Alla luce di quanto sopra è consigliabile:

1. Da parte di ACOI richiamare l'attenzione delle Regioni (anche tramite la conferenza stato-regioni) e delle aziende, del Ministro della Salute dell'Osservatorio Nazionale allocato presso l'AGENAS, sulla violazione della disciplina legale e contrattuale commessa con i provvedimenti di riorganizzazione del personale medico di chirurgia da parte di varie aziende;
2. Richiedere ai soggetti ed enti summenzionati il rispetto di tutte le più idonee misure affinché sia garantita la sicurezza delle cure per la tutela della salute dei pazienti affetti da Covid e non affetti da Covid e portatori di altre patologie; la tutela dei chirurghi, affinché sia garantita la loro tranquillità nell'espletamento delle loro delicate prestazioni professionali nei loro reparti;
3. Invitare-diffidare gli enti a non distogliere i chirurghi dalle funzioni di cui al loro profilo professionale specialistico se non per gravi ragioni di necessità e urgenza e a tempo determinato dovendosi invece far fronte all'emergenza epidemiologica con nuove assunzioni. **Nelle more si raccomanda ai chirurghi:**
  - a. Di astenersi dall'adozione di comportamenti di autotutela, eventualmente sanzionabili sotto il profilo penale e disciplinare;
  - b. Richiedere che i provvedimenti di assegnazione ai reparti emergenziali siano adottati con forma scritta e motivata;
  - c. Segnalare ad ACOI l'emissione di detti provvedimenti e la dislocazione dei chirurghi



presso i reparti Covid;

- d. Segnalare ad ACOI scompensi e disfunzioni che si verificano nei reparti di chirurgia, segnalare ritardi di cura ed interventi dei pazienti chirurgici per deficit di organico nei reparti di chirurgia a causa della dislocazione dei chirurghi presso i reparti Covid.

Nell'auspicio che queste note siano di utilità, rimango a disposizione per ogni / eventuale chiarimento.

I più cordiali saluti.

Roma, 8.11.2020

Avv. Vania Cirese

Prof. Pierluigi Marini

Presidente ACOI