

## I medici specializzandi\*

Roberto Pettinelli- Maria Laura Picunio

1. Il medico specializzando fra ordinamento universitario e sistema sanitario.	115
1.1. Qualificazione del rapporto. Inapplicabilità della disciplina relativa al lavoro subordinato.	120
2. Adempimento degli obblighi formativi, ruolo del tutor e atteggiarsi dell'obbligo di supervisione.	124
2.1. La responsabilità medica dello specializzando: colpa per assunzione, peculiarità del modello di agente e concreta capacità di uniformarsi alla regola cautelare in ragione delle specifiche qualità professionali.	128
3. L'adeguata remunerazione: il dibattito giurisprudenziale relativo agli ex specializzandi.	130
4. La rotazione tra strutture e lo scambio internazionale.	138
5. L'orario di svolgimento della prestazione.	139
6. Inadempimento del medico specializzando e cause di esclusione dalla scuola di specializzazione.	141
6.1. Rimedi e tutele contro l'illegittima esclusione.	143
7. Profili previdenziali, fiscali e assicurativi.	145

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 438/2021

## 1. Il medico specializzando fra ordinamento universitario e sistema sanitario.

Sino a meno di trent'anni addietro l'organizzazione della specializzazione medica si presentava caratterizzata da una regolamentazione multiforme, che ha attraversato quasi tutto l'ultimo secolo senza subire sostanziali modifiche. Il modello elaborato con r.d. 30 settembre 1938, n. 1652<sup>(451)</sup> e integrato dalla l. 26 gennaio 1942, n. 78 prevedeva una rimessione ai singoli istituti universitari delle condizioni di accesso alle scuole di specializzazione individuate in un'apposita tabella. Si trattava, tuttavia, di un sistema sia piuttosto incoerente per l'assenza di una sostanziale uniformità, che faceva sì che, per i singoli tipi di diploma, i requisiti di ammissione, la durata e la frequenza dei corsi, l'indicazione del numero complessivo degli esami di profitto e delle discipline obbligatorie con le connesse attività pratiche da ricomprendere nell'ordinamento degli studi, le modalità di svolgimento degli esami e del tirocinio pratico nonché le ulteriori attività fossero diversificate sul territorio nazionale<sup>(452)</sup>; sia contrario alle istanze di omogeneità provenienti dalla Comunità Economica Europea, che già nel 1975 aveva imposto agli Stati membri, in funzione di un sistema di reciproco riconoscimento dei titoli, una serie di condizioni minime comuni per il conseguimento del diploma di specializzazione in area medica (direttive 75/362/CEE e 75/363/CEE, rispettivamente denominate 'riconoscimento' e 'coordinamento').

Il 10 marzo 1982, sulla base della delega legislativa conferita dall'art. 12, ultimo comma, l. 21 febbraio 1980, n. 28, venne emanato il d.p.r. n. 162, con il quale si provvide a una inedita operazione di riordino delle scuole di specializzazione<sup>(453)</sup>. Fu un primo, sebbene parziale, superamento della eterogeneità della disciplina scolastica, poiché la competenza a stabilire denominazione, requisiti di ammissione, durata e caratteristiche principali dei corsi di studio venne riservata, in via esclusiva, allo Stato<sup>(454)</sup> e sottratta alla discrezionalità degli enti universitari, cui sarebbe rimasta la sola possibilità di stabilire, con una normativa di dettaglio, i piani didattici<sup>(455)</sup>.

<sup>451</sup> Tale regolamentazione era integrata dalle previsioni del r.d. 31 agosto 1933, n. 1592, relativo ai rapporti fra istituti universitari ed enti preposti all'assistenza sanitaria (artt. 27-35) e dal d.p.r. 30 settembre 1938, n. 1631, che all'art. 78 consentiva alle amministrazioni ospedaliere pubbliche di «ammettere i laureati in medicina e chirurgia a frequentare le divisioni di cura e gli istituti di indagine alle dipendenze e sotto la vigilanza e responsabilità dei rispettivi primari», stabilendo che l'attività dei cc.dd. medici frequentatori fosse connotato da gratuità (art. 17).

<sup>452</sup> Cfr. in merito gli artt. 6, 8 e 11, l. 26 gennaio 1942, n. 78.

<sup>453</sup> Per un'analisi più dettagliata, si vedano DE CESARE, voce *Professioni sanitarie e arti ausiliarie*, in *ED*, XXXVI, 1987, Milano, 1091 ss.; IANNOTTA, voce *Sanità pubblica*, in *EGT*, XXVII, Roma, 1991, 1 ss.; ID., voce *Professioni*, V) *Professioni ed arti sanitarie*, ivi, XXXIV, Roma, 1991, 1 ss.

<sup>454</sup> Segnatamente, al Ministero della Pubblica Istruzione, sentito il parere del Consiglio universitario nazionale.

<sup>455</sup> Una tale operazione di riordino non era del resto affatto isolata, ma rappresentava un naturale innesto nell'ambito del piano di riforma del sistema sanitario, inaugurato con la graduale sospensione degli enti mutualistici (l. 17 agosto 1974, n. 386) e con la successiva istituzione del Servizio Sanitario Nazionale (l. 23 dicembre 1978, n. 833), destinato a porre fine, per gli anni a seguire, agli squilibri territoriali nelle condizioni socio-sanitarie del Paese (art. 2) e ad assicurare condizioni e garanzie di salute uniformi per tutto il territorio nazionale (art. 4). Si prevedeva del resto anche un nuovo quadro legislativo per la gestione dei rapporti fra le università – e le facoltà mediche in particolare – e il Servizio Sanitario Nazionale, volto, per un verso, a garantire l'integrazione del personale medico universitario nell'erogazione dei servizi di assistenza sanitaria; e, per l'altro, a consentire alle università di avvalersi delle strutture ospedaliere per l'espletamento delle funzioni didattiche e di ricerca (art. 39, l. 23 dicembre 1978, n. 833). Sul collegamento fra università e Ssn, si vedano DE LEONARDIS, voce *Cliniche universitarie*, in *EGT*, VI, Roma, 1988, 1 ss.; BARDUSCO, *I rapporti tra il servizio sanitario nazionale e l'università*, in *SP*, 1993, 589 ss.; ROVERSI MONACO, *L'università nel servizio sanitario nazionale*, ivi, 1993, 721 ss.; BARDUSCO, *Pubblico e privato nel servizio sanitario nazionale: le cliniche universitarie*, ivi, 1997, 1115 ss.; SANVITI, *I rapporti tra servizio sanitario nazionale e università*, ivi, 1999, 943 ss.; RAMPULLA, *Le aziende integrate: i nuovi rapporti tra università e servizio sanitario nazionale*, ivi, 2000, 305 ss.; BALMA, *L'azienda ospedaliera universitaria*, in *Ragiusan*, 2001, 17 ss.; AICARDI, *La sanità*, in Cassese (a cura

È però solo a fronte dell'emanazione della direttiva n. 82/76/CEE che la regolazione dei medici specializzandi smette di poter essere considerata niente di più che una branca del diritto amministrativo e viene contaminata con corposi innesti di principi propri della regolamentazione lavoristica. In particolare, accanto alla previsione di una diversificazione del regime orario del periodo formativo e di specifiche cause di sospensione <sup>(456)</sup>, al fine di incoraggiare il libero esercizio del diritto di stabilimento e di promuovere le libertà di circolazione e di prestazione di servizi di medici professionisti nel mercato comune, la suddetta direttiva introduce l'obbligo, per gli Stati membri, di garantire ai medici specializzandi ("m.s."), in formazione a tempo pieno o ridotto, una «adeguata remunerazione» <sup>(457)</sup>, sì da consentir loro di portare a compimento il percorso di specializzazione dedicandosi in via esclusiva all'attività formativa.

Nel recepire la direttiva la Repubblica italiana si è attivata con notevole ritardo rispetto al termine ivi prescritto (31 dicembre 1982), non prima di aver subito anche una procedura di infrazione da parte della Commissione europea <sup>(458)</sup>. Infatti solo l'8 agosto 1991, a poco più tre anni dalla condanna della Corte, la Repubblica ha emanato la prima normativa volta a regolare compiutamente il rapporto di formazione specialistica, il d.lgs. n. 257/1991, sulla base della delega legislativa contenuta nella l. n. 428/1990. Si è trattato, però, di un'attuazione solo parziale, in quanto, per un verso, limitava l'efficacia temporale delle disposizioni «a decorrere dall'anno accademico 1991-92» (art. 8, ultimo comma), implicitamente escludendo dal diritto alla «adeguata remunerazione» i medici che avevano frequentato le scuole di specializzazione nel periodo intermedio; e, per l'altro, non veniva esattamente chiarito se il rapporto «di formazione specialistica» dei m.s. fosse da considerarsi solo come un rapporto di studio strumentale all'apprendimento pratico e alla relativa verifica dell'insegnamento ricevuto o se invece potesse sussistere una relazione sinallagmatica fra le attività assistenziali <sup>(459)</sup>, il cui svolgimento veniva previsto esclusivamente a tempo pieno <sup>(460)</sup>, e l'erogazione di una borsa di studio da parte delle università presso cui operavano le scuole di specializzazione <sup>(461)</sup>, nonostante l'espressa inequivoca esclusione della possibilità di considerare nell'ammissione e nella frequenza alla scuola, finalizzate alla formazione di medico

di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto Amministrativo speciale, t. I*, Milano, 2003, spec. 700 ss.; BARDUSCO, *Servizio sanitario e università*, in *SP*, 2004, 953 ss.

<sup>456</sup> «La formazione può essere interrotta per motivi quali servizio militare, missioni scientifiche, gravidanza, malattia. La durata totale della formazione non può essere ridotta a causa delle interruzioni».

<sup>457</sup> Art. 13, direttiva 82/76/CEE.

<sup>458</sup> Corte Giust. 7 luglio 1987, causa C-49/87, *Commissione c. Italia*.

<sup>459</sup> L'art. 4, comma 1, prevedeva che la formazione specialistica implicava «la partecipazione alla totalità delle attività mediche del servizio di cui fanno parte le strutture nelle quali essa si effettua, ivi comprese le guardie e l'attività operatoria per le discipline chirurgiche, nonché la graduale assunzione dei compiti assistenziali in modo che lo specializzando dedichi alla formazione pratica e teorica tutta la sua attività professionale per l'intero anno». Si tratta di un impegno assistenziale a tutto campo, come confermato dal comma 2 della stessa disposizione: «gli specializzandi sono utilizzati in attività di assistenza per il tirocinio pratico connesso alla specializzazione».

<sup>460</sup> Un impegno «almeno pari a quello previsto per il personale medico del Servizio sanitario nazionale a tempo pieno» (art. 4, comma 4).

<sup>461</sup> A dimostrare un certo nesso fra la retribuzione spettante ai medici dipendenti e la borsa di studio attribuita ai m.s. era anche la previsione di un meccanismo di rivalutazione triennale collegato al «miglioramento stipendiale tabellare minimo previsto dalla contrattazione relativa al personale medico dipendente del Servizio sanitario nazionale» (cfr. PASQUALETTO, *Le incertezze del legislatore italiano sulla formazione degli specializzandi in medicina: spunti di riflessione sulla natura del rapporto tra i medici in formazione e la pubblica amministrazione*, in *ADL*, 2007, 1399).

specialista dell'iscritto, «la costituzione di alcun rapporto di impiego» (art. 4, co. 3). Nondimeno, a render nota l'ambiguità della normativa, era la previsione dell'obbligo di copertura assicurativa per i rischi professionali e gli infortuni connessi all'attività di formazione specialistica, il cui premio doveva però essere a carico del m.s. (co. 8), e la necessità di un legame esclusivo tra m.s. e scuola di specializzazione <sup>(462)</sup>.

La riforma del Sistema Sanitario Nazionale ("Ssn") del 1992 (d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502) e le successive operazioni di riordino degli ordinamenti didattici delle scuole di specializzazione (d.m. 11 maggio 1995; e 3 luglio 1996) confermano come la figura del m.s. rappresenti un punto di congiunzione fra sistema universitario e sistema sanitario, ma non impattano, se non marginalmente, sul rapporto di formazione specialistica <sup>(463)</sup>. È solo nel 1999 che, entro il quadro normativo delineato, si innestano due decreti, con i quali, a seguito di molteplici rivendicazioni <sup>(464)</sup> e di due ulteriori condanne da parte della Corte di Giustizia <sup>(465)</sup>, il legislatore torna a occuparsi nuovamente del rapporto di formazione specialistica in medicina.

Mentre il d.lgs. n. 370/1999, all'art. 11, tentava di sanare il contenzioso *medio tempore* generatosi dinanzi al T.A.R. in merito alla necessità del riconoscimento della remunerazione in favore dei medici ammessi presso le scuole di specializzazione dall'a.a. 1983-1984 all'a.a. 1990-1991 riconoscendo, in presenza di determinate condizioni, «per tutta la durata del corso una borsa di studio annua onnicomprensiva di lire 13.000.000» senza interessi legali e rivalutazione monetaria <sup>(466)</sup>, è in particolare il d.lgs. 17 agosto 1999, n. 368 – emanato in attuazione della nuova direttiva 93/16/CEE nel frattempo intervenuta a modificare le precedenti – a riscrivere *ex novo* i principi relativi alla formazione specialistica, abrogando il precedente d.lgs. n. 257/1991.

Nell'originaria impostazione del d.lgs. n. 368/1999, il medico specializzando resta complessivamente una figura ibrida, a metà fra studente borsista e lavoratore subordinato <sup>(467)</sup>. A causa dell'anodina formulazione dell'art. 37, co. 1, lo spettro di un vero e proprio rapporto di lavoro subordinato aleggia sulle parti in ragione della stipulazione di un «contratto di formazione-lavoro», capace di evocare pericolosamente, anche in virtù dell'impervio rinvio alla normativa

<sup>462</sup> A tale obbligo era invero connesso il divieto di svolgere attività libero-professionale *extra moenia* e ogni rapporto anche convenzionale o precario con il Ssn, nonché la previsione del collocamento obbligatorio in congedo straordinario nel caso di previa sussistenza di un rapporto di pubblico impiego (art. 5).

<sup>463</sup> Il d.lgs. n. 502/1992 si preoccupa, in particolare, di ridisegnare i rapporti fra strutture sanitarie, esigenze del Ssn connesse alla formazione degli specializzandi e Università (art. 6). Speciale attenzione viene dedicata ai caratteri della formazione medica, arricchendo la scarna previsione dell'art. 4, comma 1 d.lgs. n. 257/1991 e coniugando il principio, ivi sancito, della «graduale assunzione» e della «partecipazione guidata» con quello, di nuova introduzione, della «autonomia vincolata». Si prevede infatti che la formazione medica sia dedicata alla «partecipazione guidata o diretta alla totalità delle attività mediche, ivi comprese la medicina preventiva, le guardie, l'attività di pronto soccorso, l'attività ambulatoriale e l'attività operatoria per le discipline chirurgiche, nonché la graduale assunzione di compiti assistenziali e l'esecuzione di interventi con autonomia vincolata alle direttive ricevute dal medico responsabile della formazione» con la connessa assunzione di responsabilità. Viene previsto inoltre che durante il periodo di formazione è obbligatoria la «partecipazione attiva a riunioni periodiche, seminari e corsi teorico-pratici nella disciplina» (art. 16). Con i d.m. 11 maggio 1995 e 3 luglio 1996, invece, sono state apportate modifiche all'ordinamento didattico universitario delle scuole di specializzazione, in coerenza con gli scopi previsti dalla riforma universitaria del 1990 (l. 19 novembre 1990, n. 341).

<sup>464</sup> Risi, *Il caso degli specializzandi in medicina*, in *LPA*, 1998, 121 ss.

<sup>465</sup> Corte Giust. 25 febbraio 1999, C-131/97, *Carbonari*; Corte Giust. 3 ottobre 2000, C-371/97, *Gozza*.

<sup>466</sup> Sulla vicenda, VACCARO, *Del diritto alla retribuzione dei medici specialisti*, in *RGS*, 2002, 27 ss.

<sup>467</sup> Analoghe considerazioni in PASQUALETTO, *Le incertezze*, cit., 1400-1401.

vigente, la fattispecie disciplinata dal d.l. 30 ottobre 1984, n. 726 (conv. con mod. in l. 19 dicembre 1984, n. 863) e dal d.l. 16 maggio 1994, n. 299 (conv. con mod. in l. 19 luglio 1994, n. 451) chiaramente riconducibile nell'alveo della subordinazione. Con una disposizione decisamente innovativa dell'impianto del 1991, l'art. 37 del nuovo decreto prevedeva, invero, che all'atto dell'iscrizione alla Scuola di specializzazione il m.s. stipulasse un apposito contratto con l'Università e con la Regione nel cui territorio erano comprese le strutture formative della Scuola <sup>(468)</sup>. Inoltre la borsa di studio veniva sostituita da un trattamento economico annuo onnicomprensivo, costituito da una parte fissa uguale per tutte le specializzazioni e per tutta la durata del corso nonché da una variabile, e corrisposto mensilmente dalle Università (art. 39), sì da alludere alla nozione di retribuzione prevista per tutti i lavoratori subordinati, come del resto lasciava chiaramente intendere l'esplicito riferimento contenuto nel co. 6 dell'art. 37. Veniva anche confermata l'esclusività della formazione specialistica tramite un complesso sistema di incompatibilità (art. 40, co. 1). D'altro canto, si ribadiva che la frequenza della Scuola non avrebbe dato accesso alcuno ai ruoli universitari o a quelli del Ssn e, quasi a voler tacitare ogni dubbio sulla effettiva natura del rapporto, veniva espressamente esclusa l'esistenza di un rapporto di impiego con gli enti predetti.

A complicare non poco le carte era la stessa efficacia temporale delle nuove regole, posposta all'emanazione di un apposito provvedimento legislativo (art. 46, co. 2), sì da generare notevoli sperequazioni *ratione temporis* tra gli specializzandi in medicina di non poco rilievo nel contenziioso generatosi <sup>(469)</sup>.

È accaduto tuttavia che il testo legislativo, nella sua versione originaria, fosse talmente ambiguo e imperfetto da dover essere vistosamente riscritto per chiarire le lacune di norme potenzialmente foriere di controversie. Infatti, con la finanziaria del 2006 (l. 23 dicembre 2005, n. 266), proprio nel momento in cui si è disposta l'entrata in vigore della 'nuova' disciplina con decorrenza dall'a.a. 2006-2007 <sup>(470)</sup>, si è proceduto a un deciso processo di epurazione di tutte le storture della disciplina del '99 che avrebbero potuto dare a intendere la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato fra le parti. Il rapporto, originariamente «di formazione-lavoro», è stato qualificato in chiave di specialità in quanto derivante da un «contratto di formazione specialistica», dimodoché il confuso rinvio alla disciplina vigente in funzione suppletiva del decreto legislativo del 1999 «per quanto non previsto o comunque per quanto compatibile con le disposizioni di cui al presente decreto legislativo», originariamente interpretabile come apertura alle disposizioni relative al contratto di formazione e lavoro, si è risolto in una specie di circuito autoreferenziale alla stessa disciplina del d.lgs. n. 368/1999 e alla normativa amministrativa secondaria, in assenza

<sup>468</sup> Lo schema tipo del contratto di formazione specialistica è stabilito con D.P.C.M. 6 luglio 2007. Nonostante l'apparenza, il contratto non ha carattere plurisoggettivo, nel senso che non nasce dall'incontro della volontà di tre soggetti diversi (Università, Regione e m.s.), ma è conseguenza per legge della stessa iscrizione alla Scuola cui accedono, per la parte di rispettiva competenza organizzativa, i due soggetti pubblici interessati al percorso di specializzazione: l'Università, nel cui ambito è istituita la Scuola ed è dunque garante dei livelli di istruzione forniti, e la Regione, alla quale invece fanno capo le strutture sanitarie inserite nella rete formativa della Scuole e nel cui ambito l'attività del m.s. sarà svolta. Il rapporto poi tra Università e Regioni è solitamente gestito tramite Protocolli d'Intesa, mentre quello fra Università e strutture del Ssn aventi i requisiti per l'accreditamento previsti dal d.l. 13 giugno 2017, n. 402, mediante apposite convenzioni (cfr. Cass. 20 marzo 2012, n. 4412, in *GCM*, 2012, 365).

<sup>469</sup> Cfr. art. 8, co. 3, d.lgs. 21 dicembre 1999, n. 517.

<sup>470</sup> Con un chiarimento un po' superfluo si precisava che fino all'a.a. 2005-2006 sarebbero rimaste applicabili le disposizioni di cui al d.lgs. n. 257/1991 (art. 1, co. 300, lett. e) l. n. 266/2005 di modifica dell'art. 46, co. 2, d.lgs. n. 368/1999).

di altre disposizioni relative alla formazione medica specialistica o, comunque, compatibili con i caratteri peculiari della fattispecie <sup>(471)</sup>. In analogia direzione è stata la correzione dell'impreciso richiamo – per non dire del refuso – contenuto nell'art. 41, co. 2, laddove il soggetto onerato del versamento dei contributi previdenziali e assistenziali veniva individuato nel «datore di lavoro», cui è conseguita l'integrale riscrittura della norma <sup>(472)</sup>.

Da ciò deriva una stretta connessione fra il contratto di formazione specialistica e i contratti formativi di *stage* e praticantato, più che di apprendistato, posto che, analogamente ai primi e a differenza del secondo, la causa del rapporto risiede nella formazione pratica valevole ai fini del superamento delle prove della Scuola di specializzazione e del rilascio del titolo di specialista. Pertanto, l'attività discendente dalla stipulazione del contratto con l'Università e con la Regione si presenta come ancillare all'atto unilaterale di ammissione alla Scuola derivante dal superamento del concorso e si sviluppa nell'esclusivo interesse del m.s. in vista dei vantaggi futuri derivanti dall'acquisto di esperienza e dal conseguimento della specializzazione, come del resto emerge chiaramente anche dall'art. 38, co. 1, in base al quale con la sottoscrizione del contratto il m.s. «si impegna a seguire, con profitto, il programma di formazione svolgendo le attività teoriche e pratiche previste dagli ordinamenti e regolamenti didattici» <sup>(473)</sup>. Coerentemente, lo schema-tipo del contratto di formazione specialistica introdotto con d.p.c.m. il 6 luglio 2007, sulla base della delega contenuta nell'art. 37, co. 2, ribadisce le finalità essenzialmente formative del contratto (v. premesse e artt. 2 e 4) e ricalca la previsione dell'art. 37, co. 1, escludendo l'instaurazione di alcun rapporto di lavoro.

Accantonando per un attimo i problemi qualificatori del rapporto <sup>(474)</sup>, un'ultima menzione va all'attualità. Il 30 gennaio 2020 l'Organizzazione Mondiale della Sanità ha dichiarato l'epidemia da Covid-19 un'emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale e il 31 gennaio 2020, con delibera del Consiglio dei ministri, il nostro Paese ha dichiarato, con misura inedita nel panorama costituzionale, lo stato di emergenza sul territorio nazionale per il rischio sanitario connesso alla pandemia. L'evoluzione della situazione epidemiologica e la progressiva diffusione dei contagi dell'epidemia hanno progressivamente manifestato l'insufficienza delle risorse del Sistema Sanitario Nazionale nel fronteggiare il crescente numero dei casi, scongiurando il maggior numero possibile di decessi. La necessità di personale medico in corsia – sempre più raro, non solo perché dotato di professionalità specialistica non altrimenti reperibile, ma anche primariamente esposto all'agente patogeno Sars-CoV-2 e, inevitabilmente, alle sue drammatiche conseguenze – ha indotto il legislatore a garantire i livelli essenziali di assistenza necessari assicurando sull'intero territorio nazionale un incremento dei posti letto per la terapia intensiva e sub-intensiva necessari alla cura dei pazienti attraverso il reclutamento, in particolare, dei m.s. iscritti all'ultimo e al

<sup>471</sup> PASQUALETTO, *Le incertezze*, cit., 1402.

<sup>472</sup> Cfr. par. 7. È interessante notare, in proposito, che a seguito della riscrittura della norma l'Inps, con la circolare 8 febbraio 2007, n. 37, ha espressamente escluso che il contratto di formazione specialistica sia qualificabile come contratto di lavoro *tout court* e ha designato l'Università quale «committente» in ragione della «eccezionalità» della norma.

<sup>473</sup> In proposito va rilevato che gli ordinamenti didattici delle Scuole di Specializzazione hanno subito un progressivo processo di omogeneizzazione. In tale scenario si collocano, da ultimo, il d.i. 4 febbraio 2015, n. 68, il d.m. 10 agosto 2017, n. 130, e il d.m. 13 giugno 2017, n. 402, che hanno determinato un riordino delle scuole di specializzazione di area sanitaria, anche in relazione a standard, requisiti e indicatori dell'attività formativa e assistenziale.

<sup>474</sup> Su cui si tornerà in par. 1.1.

penultimo anno di corso delle Scuole di specializzazione. Grazie al d.l. 9 marzo 2020, n. 14, gli Enti del Ssn, tramite il conferimento di incarichi di lavoro autonomo o di collaborazione coordinata e continuativa, hanno potuto assumere direttamente, tramite il conferimento di incarichi di lavoro autonomo o di collaborazione coordinata e continuativa, i m.s. con contratti di durata non superiore a sei mesi, prorogabili in ragione del perdurare dello stato di emergenza sino al 2020, in deroga a ogni disposizione di legge, ma ferma la necessità di esplicitarne le ragioni giustificatrici a pena di nullità <sup>(475)</sup>.

Tale misura, del tutto speciale e asistemica, non ha alterato la natura del percorso di specializzazione medica, ma ha, piuttosto, rivalutato la figura degli specializzandi quali medici dotati di professionalità adeguata – seppur incompleta – e dunque indispensabili per far fronte alle nefaste conseguenze della pandemia. Il conferimento dell'incarico si accompagna soltanto, senza modificarne i contenuti, al corso di specializzazione medica, cui lo specializzando rimane iscritto continuando a percepire il trattamento economico previsto, a sua volta integrato dagli emolumenti corrisposti per la nuova attività di lavoro svolta. Peraltro, in considerazione del fatto che l'attività svolta nei cc.dd. reparti Covid determina l'apprendimento e l'acquisizione di capacità professionali valevoli per il conseguimento del titolo di specialista, il legislatore riconosce che il periodo di attività svolto dai m.s. durante lo stato di emergenza sia considerato ai fini del ciclo di studi per il conseguimento del diploma di specializzazione, con l'obbligo, tuttavia, per le Università di assicurare il recupero delle attività formative, teoriche e assistenziali necessarie al raggiungimento degli obiettivi formativi previsti nell'ambito della durata legale del corso <sup>(476)</sup>.

Le misure sinora descritte sono state, comunque, solo temporanee. Nonostante la crisi epidemiologica sia, ad oggi, ancora lontana dal finire, il calo dei contagi e dei ricoveri in terapia intensiva derivanti dal *lockdown* dichiarato dal Governo ha convinto il legislatore, già con la legge di conversione 24 aprile 2020, n. 27, ad abrogare le misure fin qui esposte, fatti salvi gli effetti dei contratti oramai stipulati e, dunque, dei rapporti giuridici già sorti (art. 1, co. 2).

### 1.1. Qualificazione del rapporto. Inapplicabilità della disciplina relativa al lavoro subordinato.

La disciplina del rapporto di impiego del m.s. rappresenta, in maniera emblematica, un punto di tensione e di equilibrio fra contrapposte esigenze, ove la prestazione professionale svolta in favore della struttura ospedaliera si presenta ancillare all'apprendimento volto all'acquisizione della professionalità necessaria all'esercizio dell'arte medica in ambito specialistico, che assurge a elemento qualificatorio dell'intero rapporto negoziale e si pone come il presupposto della formazione pratica e teorica oggetto del contratto specifico di formazione specialistica.

A differenza di quanto avveniva nel vigore del d.lgs. 1991, in cui il m.s. era un mero borsista, nel rapporto negoziale del m.s. previsto dal d.lgs. n. 368/1999 il complesso fascio di prestazioni rivolte all'utenza del Ssn si inserisce nell'ambito di una relazione contrattuale caratterizzata da una causa

<sup>475</sup> I presupposti necessari, la cui assenza, in base all'art. 1, co. 2, determina la nullità dei contratti, sono il bisogno di far fronte a esigenze straordinarie e urgenti derivanti dalla diffusione del Covid-19, garantire i livelli essenziali di assistenza nonché assicurare un incremento dei posti letto per la terapia intensiva e sub intensiva necessari alla cura dei pazienti affetti dal virus.

<sup>476</sup> Una ulteriore norma di favore, volta ad agevolare la futura assunzione dei m.s. nell'ambito della pubblica amministrazione, è l'art. 1, co. 2, d.l. n. 14/2020, secondo cui l'attività di lavoro prestata, in base ai rapporti menzionati, per tutta la durata dello stato d'emergenza, integra il requisito dell'anzianità lavorativa di cui all'articolo 20, comma 2, del d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75.

mista, in cui sussiste lo scambio fra attività lavorativa retribuita e addestramento del medico rivolto all'acquisizione della professionalità utile per il conseguimento del titolo di specialista. Il contratto di formazione specialistico, in tal senso, ha a oggetto non la prestazione dell'attività professionale in favore delle strutture ospedaliere in sé considerata, ma la formazione teorico-pratica da cui derivano le capacità professionali inerenti al titolo da acquisire, mediante la frequenza programmata delle attività didattiche formali, oltre che lo svolgimento delle attività assistenziali<sup>(477)</sup>.

La peculiarità dell'avvenuta tipizzazione contrattuale della formazione specialistica 'sul campo', evidentemente finalizzata anche a evitare possibili abusi derivanti dalla iniziale gratuità del rapporto<sup>(478)</sup>, ha generato dubbi in merito alla riconducibilità della prestazione del m.s. nell'alveo della subordinazione o dell'autonomia. La zona grigia in cui si è collocata la questione deriva, del resto, dal contenzioso instauratosi in relazione ai m.s. iscritti alle Scuole di specializzazione prima dell'entrata in vigore della direttiva del 1982, i quali, non beneficiando di alcuna remunerazione e stimolati dalle modifiche normative sopraggiunte nonché dalla disparità di trattamento derivante sul piano economico, rivendicavano la natura subordinata del rapporto ai fini del riconoscimento del diritto a un'adeguata retribuzione ex art. 36 Cost., oltre alla relativa contribuzione e all'applicazione degli altri benefici normativi, valevoli ai fini concorsuali nella progressione di carriera, come il riconoscimento dell'anzianità di servizio successivamente prevista dal d.lgs. n. 368/1999 (art. 45) per i medici iscritti alle Scuole di specializzazione dall'a.a. 2006-2007. Se, già all'epoca, la gratuità della prestazione – peraltro considerata, come si dirà, legittima – non valeva a ritenere pregiudicata la sussistenza di un rapporto di lavoro in senso stretto<sup>(479)</sup>, l'assimilazione tra il contratto di formazione specialistica previsto dal d.lgs. n. 368/1999 e gli altri contratti formativi di natura non subordinata (come lo *stage* o il praticantato) si è progressivamente affermata dalla giurisprudenza.

In effetti, una volta eliminate con la Finanziaria del 2006 le storture che, attraverso il richiamo a concetti tipici del rapporto di lavoro subordinato<sup>(480)</sup>, avrebbero potuto dare agio alla qualificazione dei rapporti ai sensi dell'art. 2094 cod. civ.<sup>(481)</sup>, l'entrata in vigore del d.lgs. n. 368/1999, con la previsione per cui il contratto di formazione specialistica «esclusivamente finalizzato all'acquisizione delle capacità professionali inerenti al titolo di specialista, mediante la frequenza programmata delle attività didattiche formali e lo svolgimento di attività assistenziali funzionali alla progressiva acquisizione delle competenze previste dall'ordinamento didattico delle singole scuole, in conformità alle indicazioni dell'Unione europea», ha consentito alla magistratura di superare l'obiezione per cui il rapporto tra lo specializzando e l'Ente gestore della Scuola di specializzazione sarebbe assimilabile a un rapporto di lavoro subordinato in regime di pubblico impiego

<sup>477</sup> Trib. Bari, 22 marzo 2016, n. 1662, in *Dejure*.

<sup>478</sup> Cfr. par. 3.

<sup>479</sup> Ciò tanto in sede civile quanto in quella amministrativa. Solo in seguito all'entrata in vigore del d.lgs. n. 368/1999 le controversie sono state esplicitamente devolute alla magistratura ordinaria (art. 37, co. 7). Ed infatti, in relazione alla disciplina di cui al d.lgs. n. 257/1991, C. Stato 10 agosto 2000, n. 4442, in *FA*, 2000, 2635; T.A.R. Palermo, 10 aprile 2002, n. 955, in *Ragiusan*, 2002, 68; T.A.R. Roma, 4 maggio 2009, n. 4507, in *FA*, 2009, 1471.

<sup>480</sup> Cfr. par. 1.

<sup>481</sup> PASQUALETTO, *Le incertezze*, cit., 1401.



(<sup>482</sup>) e di ritenere assente una «relazione sinallagmatica di corrispettività tra la partecipazione dei medici specializzandi alle attività del servizio di cui fanno parte le strutture nelle quali si effettua la specializzazione e gli emolumenti loro dovuti in relazione all'attuazione a tempo pieno per la loro formazione» (<sup>483</sup>).

Le domande volte, dunque, a ottenere principalmente le differenze, anche contributive, tra gli emolumenti percepiti a titolo di borsa di studio e le retribuzioni parametrare avendo a riferimento il CCNL del comparto Sanità sono state progressivamente rigettate (<sup>484</sup>) in considerazione del riconoscimento dell'oggetto dello scambio contrattuale fra Università e specializzando, nell'ambito di rapporti formativi solo apparentemente plurisoggettivi (<sup>485</sup>), nell'apprendimento e nella formazione teorico-pratica, dimodoché l'adeguata remunerazione imposta dall'ordinamento multilivello è risultata compensativa non dell'attività professionale svolta in favore del Ssn in sé considerata, ma degli sforzi connessi al percorso formativo e volta dunque a «sopperire alle esigenze materiali» dei m.s. derivanti dall'attuazione di un impegno a tempo pieno e dal divieto di svolgimento di attività diverse in costanza della specializzazione ex art. 40 d.lgs. n. 368/1999 (<sup>486</sup>).

La considerazione per cui «ogni attività umana economicamente rilevante può essere espletata nelle forme del rapporto di lavoro subordinato ovvero di quello autonomo, in relazione alla scelta liberamente compiuta dalle parti circa lo schema maggiormente idoneo a soddisfare i loro rispettivi interessi», solitamente ripetuta nelle sentenze in ogni operazione qualificatoria (<sup>487</sup>), viene, insomma, rifiutata alla base in ragione della specialità del rapporto negoziale e della superfluità di ogni accertamento volto a verificare la sussistenza del potere etero-direttivo datoriale, quale indiscusso indice di applicazione dell'art. 2094 cod. civ., secondo un giudizio negazionista astrattamente riconducibile al c.d. metodo di approssimazione tipologico. Il formante giurisprudenziale

<sup>482</sup> Tesi rimasta invero minoritaria e sostenuta solo da due sentenze di merito: T.A.R. Umbria, 24 ottobre 2002, n. 754, in *FA*, 2002, 3228; Trib. Bologna, sez. II, 2 maggio 2007, in *ADL*, 2007, 1392.

<sup>483</sup> Cass. 16 settembre 1995, n. 9789, in *GCM*, 1995, 1657; massima poi ripresa da Cass. 18 giugno 1998, n. 6089, ivi, 1998, 1349, nonché da tutte le pronunce successive: cfr. T.A.R. Bari, 19 marzo 2003, n. 1270, in *FA*, 2003, 1057, che esclude la riconducibilità della fattispecie alla figura tipica del contratto di formazione-lavoro; T.A.R. Reggio Calabria, 14 agosto 2003, in *GM*, 2004, 145; T.A.R. Bari, 27 ottobre 2004, n. 4750, in *Ragiusan*, 2005, 48; T.A.R. Catania, 4 febbraio 2005, n. 177, in *FA*, 2005, 553; C. Stato, 29 febbraio 2008, n. 750, ivi, 2008, 569; C. Stato, 6 maggio 2008, n. 1994, ivi, 2009, 1507; T.A.R. Pescara, 22 maggio 2008, n. 520, ivi, 2008, 1370; T.A.R. Perugia, 3 settembre 2008, n. 553, ivi, 2008, 2422; Cass. 19 novembre 2008, n. 27481, in *Dejure*; Cass. 22 settembre 2009, n. 20403, in *GCM*, 2009, 1341; C. Stato, 25 maggio 2010, n. 3274, in *Ragiusan*, 2010, 18; T.A.R. Bologna, 29 giugno 2012, n. 462, ivi, 2013, 30; T.A.R. Bari, 3 maggio 2013, n. 672, in *FA*, 2013, 1719; Trib. Chieti, 14 gennaio 2016, n. 12, in *Dejure*; Trib. Bari, 22 marzo 2016, n. 1662, cit.; Cass. 27 luglio 2017, n. 18670, in *GCM*, 2017; Trib. Roma, sez. II, 26 gennaio 2018, n. 1876, in *Dejure*; App. Roma, 5 marzo 2018, n. 307, ivi; Trib. Roma, sez. II, 31 maggio 2018, n. 11034, ivi; Trib. Roma, sez. II, 25 febbraio 2019, n. 4285, ivi; Trib. Modena, 5 giugno 2019, n. 121, ivi.

<sup>484</sup> Diversa invece la sorte delle domande formulate rivendicando il risarcimento del danno da mancata attuazione delle direttive comunitarie (cfr. par. 3).

<sup>485</sup> Cfr. par. 1.

<sup>486</sup> Cass. 16 settembre 1995, n. 9789, cit., secondo cui, infatti, la disciplina «risponde all'interesse dello specializzando alla formazione, ai fini del conseguimento del diploma, e all'interesse pubblico ad una preparazione professionale adeguata dei medici; in tale ottica la remunerazione richiesta dalla direttiva deve essere adeguata al corrispondente sacrificio imposto all'effettuazione della formazione a tempo pieno, e quindi tale da non lasciare il medico, cui è fatto divieto di svolgere altre attività, privo di mezzi di sostentamento».

<sup>487</sup> Basti richiamare Cass. 23 novembre 1998, n. 11885, in *GCM*, 1998, 2435.

si sostanzia, in pratica, in una presunzione di autonomia del tipo contrattuale<sup>(488)</sup>, solo in rari casi vinta<sup>(489)</sup> quando il reale atteggiarsi del rapporto appaia distonico rispetto alle previsioni legislative del d.lgs. n. 368/1999 e dei riparti fra attività assistenziale e attività formativa previsti dalla normativa amministrativa di dettaglio<sup>(490)</sup>.

L'estensione della disciplina protettiva del lavoro subordinato si arresta, invece, quando le prestazioni dei m.s. siano svolte in conformità al d.lgs. n. 368/1999 e, non essendo sostitutive di quelle del personale di ruolo (art. 38, co. 3), si sostanzino in atti svolti con autonomia vincolata, in quanto in tali ipotesi esse difettano del requisito dell'alienità, ovvero della destinazione alla struttura ospedaliera in cui favore sono svolte dei risultati della prestazione e all'Università di concrete utilità, perché la progressiva partecipazione guidata alla totalità delle attività mediche mira direttamente alla formazione specialistica dei medici ed è funzionale al conseguimento, al termine del corso, del titolo abilitante. La disponibilità del m.s. a operare 'in corsia', cui consegue la possibilità di assumere gradualmente responsabilità, non consente invero di rappresentare quali direttive datoriali le istruzioni mediche impartite dai tutori, le quali hanno piuttosto finalità didattiche e formative e sono evidentemente connotate da una natura tecnica non priva di risvolti civili e penali per le responsabilità che generano nei rapporti con i pazienti<sup>(491)</sup>. Lo stesso stabile inserimento del m.s. nell'organizzazione della struttura ospedaliera convenzionata, che potrebbe apparire indice di una soggezione al potere organizzativo, non ha altra ragion d'essere se non nella specificità della formazione medica, la quale non può prescindere, per la stessa destinazione finale delle attività oggetto di formazione, da un inquadramento pratico nei contesti nell'ambito dei quali – o analoghi ai quali – la prestazione di lavoro verrà, con tutta probabilità, successivamente svolta, sì da giustificare la previsione legislativa secondo cui la formazione specialistica «non dà in alcun modo diritto all'accesso ai ruoli del Servizio sanitario nazionale e dell'università o ad alcun rapporto di lavoro con gli enti predetti»<sup>(492)</sup>.

Tale approdo ermeneutico, peraltro, non è scalfito nemmeno dalla circostanza per cui la direttiva comunitaria n. 82/76/CEE abbia imposto agli Stati membri di prevedere in favore dei m.s. una «adeguata remunerazione». Gli indici della subordinazione, infatti, non sono evincibili né avendo riguardo alla lettera della norma, che fa riferimento a un concetto diverso da quello della retribuzione, né, soprattutto, dalla sua *ratio*, che non è quella di uniformare il trattamento previsto per i m.s. in ambito comunitario avendo riguardo al lavoro subordinato – i cui costi, peraltro, variano da Stato a Stato e verrebbero pertanto a incidere diversamente sulle finanze di ciascun membro

<sup>488</sup> In tal modo dovrebbe essere stemperato il pericolo che il legislatore abbia voluto disporre del tipo contrattuale in senso assoluto in contrasto con le indicazioni provenienti dalla Corte Costituzionale e che, secondo parte della dottrina, richiederebbe un «intervento chiarificatore del giudice delle leggi» (cfr. PASQUALETTO, *Le incertezze*, cit., 1408).

<sup>489</sup> V. in particolare Trib. Bologna, sez. II, 2 maggio 2007, cit. Interessante è anche Cass. 20 marzo 2012, n. 4412, cit., che esclude la necessità di un litisconsorzio necessario tra Università e Regione qualora il m.s. agisca nei confronti dell'Università per sentire dichiarare che la frequenza della scuola si è svolta con modalità diverse da quelle previste dal contratto di specializzazione, ritenendo che l'Università, ove soccombente, possa rivalersi verso la Regione nei limiti in cui questa abbia partecipato alla gestione del rapporto.

<sup>490</sup> V., specialmente, il d.i. 4 febbraio 2015, n. 68, il quale stabilisce che allo svolgimento di attività formative professionalizzanti (pratiche e di tirocinio) debba essere riservato almeno il 70% del complesso delle attività formative, mentre il residuo 30% dei CFU di attività formativa di tipo non professionalizzante deve consistere in attività didattica frontale (art. 2).

<sup>491</sup> Cfr. par. 2.1.

<sup>492</sup> L'art. 37, co. 1 d.lgs. n. 368/1999 è analogo alla previsione dell'art. 4, co. 3 d.lgs. n. 257/1991, il quale prevedeva che l'ammissione e la frequenza della Scuola di specializzazione non determinavano la costituzione di alcun rapporto di impiego.

dell'Unione –, ma di garantire ai medici in formazione un trattamento minimo, lasciando a ogni Stato discrezionalità di azione, conformemente alla natura dello strumento utilizzato, in ordine alle modalità da impiegare. In questi termini la previsione in favore dei m.s. di emolumenti è un dato indifferente ai fini qualificatori e anzi ne rileva la prevalente funzione didattica delle attività svolte ponendosi in continuità con la borsa di studio già prevista dall'art. 6 d.lgs. n. 257/1991 <sup>(493)</sup>.

Ragioni analoghe a quelle sopra descritte conducono a escludere che il rapporto fra i medici iscritti alle Scuole di specializzazione e le Università sia sussumibile entro l'area della para-subordinazione ai sensi dell'art. 409 n. 3 cod. proc. civ. <sup>(494)</sup>, mentre è certa l'impossibilità di applicazione del 'salto verso la subordinazione' mediante la disciplina prevista dall'art. 2, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, non solo in virtù dell'esclusione, prevista dal co. 2, lett. b), delle professioni intellettuali per le quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali, ma anche dell'inapplicabilità al pubblico impiego disposta dal co. 4 e ribadita dall'art. 7, co. 7-bis, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (a seguito delle modifiche apportate dall'art. 5, d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75).

Sebbene l'attività del m.s. possa essere qualificata come personale e continuativa, è il coordinamento a essere escluso, in quanto non affidato direttamente dai soggetti stipulanti il contratto – o a questi gerarchicamente sottoposti – ed estrinsecato in un potere conformativo riferito alla produzione di risultati a vantaggio solo indirettamente della struttura ospedaliera, ma innanzitutto dello stesso medico in formazione specialistica <sup>(495)</sup>. Non si determina dunque un mutamento del programma contrattuale, ma è rinvenibile una parte del percorso di apprendimento oggetto del contratto di formazione specialistica <sup>(496)</sup>.

## 2. Adempimento degli obblighi formativi, ruolo del tutor e atteggiarsi dell'obbligo di supervisione.

L'aspetto formativo inerisce in modo tanto marcato al rapporto di formazione specialistica che questo ne risulta, come si è visto, così fortemente contraddistinto da sfuggire alla disciplina ordinaria del rapporto di lavoro; invero costante giurisprudenza afferma che le prestazioni poste in essere dal medico specializzando siano finalizzate alla formazione teorica e pratica dello stesso e non a fornire utilità alle strutture sanitarie, escludendo così la sussistenza del rapporto di sinallagmaticità che caratterizza un ordinario rapporto di lavoro.

Anche dall'esame del dato normativo emerge chiaramente la connotazione formativa del rapporto, e questo a partire dal contratto con il quale esso viene instaurato, denominato «di formazione specialistica» e «finalizzato esclusivamente all'acquisizione delle capacità professionali

<sup>493</sup> Cass. 16 settembre 1995, n. 9789, cit.; Cass. 18 giugno 1998, n. 6089, cit.; Cass. 19 novembre 2008, n. 27481, cit.; Cass. 22 settembre 2009, n. 20403, cit.; Cass. 27 luglio 2017, n. 18670, cit.

<sup>494</sup> V. le pronunce richiamate in nt. 33.

<sup>495</sup> *Rectius*, secondo Cass. 18 giugno 1998, n. 6089, cit., nello «esclusivo interesse» del m.s., posto che mancherebbe la sussistenza di «un interesse del creditore all'ottenimento della prestazione, consistente in un *facere*»: impostazione accettabile, se si pensa che la struttura ospedaliera potrebbe gestire i propri pazienti facendo affidamento sul solo personale strutturato, laddove questo non fosse distolto dai compiti di tutoraggio, svolti invece nell'interesse del m.s. e, in fondo, della stessa collettività a che le prestazioni mediche specialistiche siano svolte da personale adeguatamente qualificato.

<sup>496</sup> Cfr. Cass. 19 novembre 2008, n. 27481, cit.; Cass. 22 settembre 2009, n. 20403; Trib. Roma, sez. II, 31 maggio 2018, n. 11034, cit.

inerenti al titolo di specialista»<sup>(497)</sup>.

Veniamo, quindi, a considerare quali sono le modalità con cui si deve esplicitare la formazione del medico specializzando.

L'attività formativa risulta composta da attività tanto pratiche quanto teoriche<sup>(498)</sup>, che devono caratterizzare il programma settimanale<sup>(499)</sup> di formazione dello specializzando.

Soprattutto con riferimento allo svolgimento di attività pratiche, si pone, però, la questione dell'autonomia di cui lo stesso deve godere: da un lato, infatti, vi è la necessità che lo specializzando acquisisca competenze anche "sul campo", esercitando concretamente la professione, ma dall'altro a tale esigenza si contrappone il rischio che questi finisca per sostituire – ed il problema è noto, soprattutto considerata l'ormai strutturale carenza di personale nella sanità – i medici strutturati.

Il principio espresso dalla legislazione è che «la formazione del medico specialista implica la partecipazione guidata alla totalità delle attività mediche dell'unità operativa [...] nonché la graduale assunzione di compiti assistenziali e l'esecuzione di interventi con autonomia vincolate alle direttive ricevute dal tutore»<sup>(500)</sup>, fermo restando il divieto di sostituzione del personale di ruolo da parte del medico specializzando<sup>(501)</sup>. In merito a tale disposizione si osserva che il legislatore ha ripreso la norma contenuta nel d.lgs. 8 agosto 1991, n. 257, alla quale ha aggiunto l'aggettivo *guidata* e il riferimento alla natura vincolata dell'autonomia del medico specialista. Risulta così accentuato il potere-dovere di controllo del tutore, sotto la cui supervisione deve essere svolta ogni attività formativa ed assistenziale<sup>(502)</sup>; l'importanza della figura emerge anche dalla previsione secondo cui ogni tutore può supervisionare al massimo tre medici specializzandi<sup>(503)</sup>.

Autonomia, dunque, ma vincolata, e assunzione dei compiti assistenziali in modo graduale. Tali principi, del resto, sono propri della generalità dei contratti formativi, nei quali la formazione impartita comporta, appunto, l'acquisizione graduale delle competenze corrispondenti a quelle cui è finalizzato il contratto<sup>(504)</sup>. Ed invero si presume che solo alla fine della specializzazione il medico specialista abbia acquisito le competenze necessarie per esercitare con autonomia<sup>(505)</sup>; il divieto di sostituzione, dunque, tutela non solo l'interesse di quest'ultimo alla formazione, ma anche l'interesse del paziente, garantendo un'adeguata qualità delle prestazioni rese all'intera utenza.

Le modalità attraverso cui si esplicita l'assistenza del tutore, quindi, muteranno in base al livello di

<sup>497</sup> Art. 37 d.lgs. n. 368/1999.

<sup>498</sup> Artt. 37, co. 1 e 38, co. 1, 2, 3 e 4, d.lgs. n. 368/1999.

<sup>499</sup> Art. 4 schema tipo del contratto di formazione specialistica, ex D.P.C.M. 6 luglio 2007.

<sup>500</sup> Art. 38, co. 3, d.lgs. n. 368/1999.

<sup>501</sup> Artt. 38 co. 3, d.lgs. n. 368/1999 e 3, co. 1, schema tipo del contratto di formazione.

<sup>502</sup> Art. 38, co. 1, d.lgs. 17 agosto 1999, n. 368.

<sup>503</sup> Art. 38 co. 1, ultimo periodo, d.lgs. n. 368/1999.

<sup>504</sup> Cfr. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, Milano, 2016, p. 808 ss.; LOY, *Formazione e rapporto di lavoro*, Milano, 1988.

<sup>505</sup> Ciò risulta confermato, se ve ne fosse bisogno, dalle diverse norme che impongono che lo svolgimento della professione medica sia riservato a coloro che hanno acquisito il titolo di medico specialista. D'altro canto, se così non fosse, verrebbe meno la causa formativa del contratto e il rapporto si dovrebbe considerare come un'ordinaria prestazione lavorativa.

capacità acquisite dal medico specializzando, al quale dovrebbe essere attribuita maggiore autonomia con il progredire delle competenze professionali. Dovrà comunque essere di volta in volta il tutore a valutare se ricorrano i presupposti per affidare l'esecuzione di interventi anche in autonomia al medico specializzando, valutando la complessità delle attività da svolgere ed il livello di preparazione dello stesso<sup>(506)</sup>. E che il medico specializzando debba condurre personalmente un certo numero di interventi risulta chiaramente dalle disposizioni di legge<sup>(507)</sup>, a conferma del fatto che il suo ruolo non possa essere quello di mero osservatore ma debba essere, al contrario, caratterizzato da autonomia anche nello svolgimento pratico<sup>(508)</sup>, seppur, appunto, limitata dal necessario rispetto delle direttive<sup>(509)</sup>.

La traduzione pratica di detti principi, tuttavia, non risulta così lineare, in particolare con riferimento alle modalità di esplicazione di tale autonomia: è tutt'ora controversa la possibilità di affidare al medico specializzando lo svolgimento di attività senza la presenza materiale, al suo fianco, del tutor. In merito la giurisprudenza maggioritaria<sup>(510)</sup> afferma che, fermo restando il compito del tutore di fornire le direttive, quando questi ritenga che lo specializzando sia dotato di un certo grado di capacità, possa affidare allo stesso lo svolgimento di attività assistenziale in autonomia, in relazione alla quale sarà però ovviamente tenuto a controllare la correttezza delle attività svolte, verificandone i risultati<sup>(511)</sup>. Ciò, in ogni caso, nel rispetto del divieto di sostituzione del medico strutturato e del principio di gradualità nell'assunzione di compiti<sup>(512)</sup>.

Sul punto si è espressa recentemente anche la Corte Costituzionale, chiamata a giudicare della legittimità della legge regionale<sup>(513)</sup> della Lombardia che attribuisce al medico in formazione specialistica la possibilità di svolgere «autonomamente specifici compiti che gli sono stati affidati, fermo restando che il tutor deve essere sempre disponibile per la consultazione e l'eventuale tempestivo intervento». La Corte<sup>(514)</sup> dichiara conforme alla legislazione statale tale disposizione, valorizzando la previsione per cui l'attività del medico specializzando sia comunque sorretta dalle direttive del medico formatore, al quale spetta la decisione sul *quantum* di autonomia attribuibile allo specializzando; viene quindi ritenuta legittima l'impostazione contenuta nella norma, secondo cui il tutor può limitarsi, avendo affidato allo specializzando specifici compiti, a essere sempre disponibile per la consultazione e l'eventuale tempestivo intervento. Tale pronuncia risulta quindi significativa nella parte in cui riconosce la liceità della scelta del tutore di affidare allo

<sup>506</sup>In merito al ruolo e alla responsabilità del tutore cfr. Risi, *Il caso degli specializzandi in medicina*, op. cit., p. 128.

<sup>507</sup>Art. 38, co. 2, d.lgs. 17 agosto 1999, n. 368, che affida alla determinazione del consiglio della scuola «il numero minimo e la tipologia degli interventi pratici che essi devono aver personalmente eseguito per essere ammessi a sostenere la prova finale annuale»; art. 2 schema tipo del contratto di formazione.

<sup>508</sup>Sulla rilevanza dello svolgimento di attività pratiche da parte del m.s., T.A.R. Roma, 26 giugno 2000, n. 5177, in *Ragiusan* 2000, 198, 48.

<sup>509</sup>Tra le tante, Cass. 10 dicembre 2009, n. 6215, in *CED Cassazione*, 2010; Cass. 17 gennaio 2012, n. 6981, in *GI*, 2013, I, 161; nonché in *Ragiusan*, 2012, 210.

<sup>510</sup>Cass. 6 ottobre 1999 n. 2453 in *CP*, 2000, 1978; Cass. 20 gennaio 2004 n. 32901, in *RP*, 2005, 750; Cass. 10 luglio 2008, n. 32424 in *FI*, 2008, X, II, 477; Cass. 10 dicembre 2009, n. 6215, cit.; Cass. 17 gennaio 2012, n. 6981, cit.

<sup>511</sup>Così Cass. 10 luglio 2008, n. 32424, cit.; Cass. 10 dicembre 2009, n. 6215, cit.

<sup>512</sup>Come specifica la giurisprudenza di Cassazione da ultimo citata, «è ovvio che diversi saranno gli interventi, anche critici, esigibili dal medico all'inizio della specializzazione rispetto a quelli che si richiedono a chi la formazione la sta facendo da anni», ciò che trova riscontro anche nell'art. 3, co. 5, d.m. 4 febbraio 2015, n. 68.

<sup>513</sup>Art. 1, comma 1, lettera b), della legge reg. Lombardia n. 33 del 2017, nella parte in cui sostituisce il comma 2, lettera c), dell'art. 34 della legge reg. Lombardia n. 33 del 2009.

<sup>514</sup>Corte Cost. 27 dicembre 2018, n. 249, in *D&G*, 2019.

specializzando lo svolgimento di specifiche attività senza la sua materiale presenza. Di più, nella motivazione viene affermato che la norma in questione, imponendo la materiale disponibilità del tutor, e non di un altro medico strutturato, assume «un'impostazione assai rigorosa in materia»; sembra che venga quindi riconosciuta, implicitamente, la legittimità di disposizioni analoghe in cui si richieda la disponibilità di un altro medico strutturato.

Le conclusioni raggiunte dalla Corte risultano condivisibili, in quanto la scelta del tutor di affidare al medico specializzando determinate attività da svolgere in autonomia appare realizzazione del programma di graduale assunzione dei compiti, ed invero l'impostazione descritta è condivisa dalla maggior parte dei regolamenti delle scuole di specializzazione. Sembra comunque doversi ritenere che, sia per poter garantire l'intervento tempestivo, che per poter effettuare una adeguata valutazione della complessità dell'attività richiesta, anche nella sua evoluzione, e dell'opportunità di affidarla al medico specializzando, sia necessario che il tutore o l'altro medico strutturato a cui lo specializzando è affidato debbano rimanere presenti materialmente in reparto.

Quanto affermato vale anche con riferimento alla questione dello svolgimento dei turni di guardia feriali e notturni, attività nelle quali sovente viene richiesto l'impiego del medico specializzando. Invero anche tali turni sono parte dell'attività medica svolta nell'unità operativa e pertanto non c'è motivo di ritenere che, in difetto di contraria previsione<sup>(515)</sup>, il medico specializzando non debba svolgere la sua attività al loro interno. Anche in questo caso, tuttavia, risulterebbe lesivo dei principi che regolano la formazione del medico specialista e del principio di insostituibilità del personale strutturato l'affidamento al medico specializzando del servizio di guardia in assenza del tutore o di un altro medico della stessa disciplina nel reparto o comunque nelle immediate vicinanze<sup>(516)</sup>. Invero, come visto, solo tale figure possono, di volta in volta, verificare la complessità dell'attività da svolgere e, conseguentemente, il possesso da parte del medico specializzando delle capacità necessarie a svolgerla; pertanto solo la loro presenza, seppur, in ipotesi, non costante, potrebbe consentire l'affidamento di specifici compiti allo specializzando evitando che lo stesso debba sostituire, anche nelle valutazioni, i medici strutturati<sup>(517)</sup>.

Si deve tuttavia dar conto della impostazione più restrittiva – e, a quanto consta, minoritaria – espressa da una pronuncia del Consiglio di Stato<sup>(518)</sup>, secondo la quale la presenza del tutor o del medico specialista si rende ancor più necessaria nell'applicazione dello specializzando ai turni notturno e festivo, e che sembra così affermare la necessità di una presenza costante di tali figure a fianco del medico specializzando. Sulla base di quanto fin qui esaminato, tale impostazione risulta eccessivamente rigida, non tenendo conto della possibilità che il medico specializzando sia effettivamente in grado di operare in completa autonomia e che, ove le sue capacità siano ritenute sufficienti dal tutor in relazione alla concreta attività da svolgere, l'attribuzione di tale

<sup>515</sup> Cfr., per esempio, il regolamento della Scuola di Specialità di Chirurgia Pediatrica dell'Università di Genova che esclude gli specializzandi dallo svolgimento della guardia notturna o festiva.

<sup>516</sup> È difficile, invece, pensare che sia sufficiente che il tutor o l'altro strutturato siano in regime di reperibilità, giacché in tal modo non potrebbe essere assicurato il pronto intervento e la verifica sull'operato del medico specializzando.

<sup>517</sup> In tal senso anche FRATI, MONTANARI ERGALLO, FEBI, DI LUCA, *La responsabilità penale degli specializzandi e dei tutors*, in RIML, 2010, 623, secondo cui appare preclusa la liceità di un'organizzazione tale da richiedere allo specializzando di prendere decisioni diagnostico-terapeutiche senza la presenza e la guida del tutor.

<sup>518</sup> Ord. Cons. Stato 7 ottobre 2008, inedita a quanto consta. L'ordinanza veniva resa nell'ambito di un procedimento cautelare proposto in corso di causa nel giudizio d'appello, confermando la precedente pronuncia, ed è pertanto succintamente motivata nei termini menzionati.

possibilità possa giovare alla sua formazione, considerato che, al termine del periodo di formazione, sarà chiamato a esercitare in completa autonomia.

2.1. La responsabilità medica dello specializzando: colpa per assunzione, peculiarità del modello di agente e concreta capacità di uniformarsi alla regola cautelare in ragione delle specifiche qualità professionali.

L'esplicazione da parte del m.s. di attività assistenziale caratterizzata da autonomia vincolata genera alcune peculiarità anche in campo civilistico e penale, in relazione ai danni cagionati ai pazienti nel corso delle attività formative.

L'assenza di una responsabilità disciplinare in senso stretto, derivante dall'insussistenza di un rapporto di lavoro subordinato con la struttura ospedaliera nella quale il m.s. presta la propria attività assistenziale, genera, evidentemente, l'impossibilità di valutare la prestazione del m.s. ai sensi dell'art. 2104 cod. civ. e, conseguentemente, di esercitare il potere sanzionatorio tipico del datore di lavoro ed elemento caratteristico della subordinazione, anche nei rapporti di pubblico impiego privatizzato, e della posizione di soggezione gerarchica del lavoratore. Nell'ambito di un rapporto avente causa formativa, l'inadempimento del m.s. sarà, più propriamente, valutabile ai fini del giudizio finale <sup>(519)</sup>.

Un profilo che suscita maggiore interesse nella giurisprudenza attiene invece all'estensione della responsabilità medica dello specializzando derivante dallo svolgimento in prima persona dell'attività assistenziale <sup>(520)</sup>. Tale responsabilità è evidentemente connessa non solo ai casi patologici di «indebito utilizzo degli specializzandi in funzione di 'supplenza' del personale strutturato» <sup>(521)</sup>, ma anche alle ipotesi, fisiologiche, di svolgimento dell'attività assistenziale richiesta nell'ambito del percorso di formazione medica, comprensiva delle guardie mediche eventualmente svolte <sup>(522)</sup>. L'esercizio in autonomia delle attività mediche da parte del m.s., del resto, si prospetta come l'esito dello stesso processo formativo, caratterizzato da momenti di progressiva indipendenza nell'esecuzione delle manovre assistenziali derivante dall'insegnamento dell'arte medica,

<sup>519</sup> Cfr. par. 6.

<sup>520</sup> Nonostante le tematiche relative alla disciplina dei m.s. siano generalmente trascurate dalla dottrina, la questione ha attratto molto l'attenzione dei penalisti (cfr. ZINGALES, "Autonomia vincolata" vs erronee scelte diagnostico-terapeutiche del medico strutturato: quale spazio per una posizione di garanzia del medico specializzando?, in *CP*, 2019, 1591 ss.; AA. VV., *La formazione del medico specializzando in medicina legale nell'ambito della gestione del rischio clinico: stato dell'arte e proposte normative per i nuovi piani formativi*, in *RIML*, 2014, 1375 ss.; LIMONE, *Sulla colpa del medico specializzando*, in *GI*, 2013, 162 ss.; PAZIENZA, *In tema di posizione di garanzia del medico specializzando*, ivi, 2012, 1250 ss.; FRATI, MONTANARI VERGALLO, FEBI, DI LUCA, *La responsabilità penale*, cit., 617 ss.; BRUSCO, *La colpa nella responsabilità penale del medico*, in *DR*, 2006, 831 ss.; POMARA, RIEZZO, *L'assistente in formazione ancora al vaglio della Suprema Corte: le "specifiche competenze" tra teoria e prassi*, in *RIML*, 2006, 200 ss.; DANIELE, *La natura del rapporto degli specializzandi in medicina e chirurgia*, in *RGS*, 1997, 1085 ss.).

<sup>521</sup> RISI, *Il caso degli specializzandi in medicina*, cit., par. 4.

<sup>522</sup> Ordinariamente valutabile sul piano penale dovrebbe, invece, essere la responsabilità del m.s. nei casi di esercizio di attività lavorativa esterna al percorso di formazione specialistica ammessa dall'art. 19, co. 11, l. 28 dicembre 2001, n. 448 e dall'art. 2-*octies* d.l. 29 marzo 2004, n. 81, conv. con mod. in l. 26 maggio 2004, n. 138, a condizione che non pregiudichi lo svolgimento a tempo pieno delle attività previste dalle singole Scuole. Si tratta infatti di casi (libero esercizio della professione *intra moenia*, guardie mediche, sostituzione del medico di base e guardia turistica) nei quali, in deroga al generale divieto stabilito dall'art. 40 d.lgs n. 368/1999, l'autonomia dello specializzando non è, come durante il corso di formazione, vincolata, ma è direttamente riconducibile all'assunzione diretta della posizione di garanzia riconosciuta al professionista quale medico iscritto all'Albo dei medici chirurghi cui incombe l'obbligo dell'osservanza delle *leges artis*.



inizialmente guidato e, specie a partire nell'ultimo anno, autonomo, sia pur nei limiti delle istruzioni impartite dai *tutor* <sup>(523)</sup>.

La questione è stata esaminata principalmente nell'ambito delle controversie penali, in considerazione del fatto che, se la specializzazione medica costituisce requisito indispensabile per l'accesso al primo livello della dirigenza medica nel Ssn in base al d.lgs. n. 502/1992 <sup>(524)</sup>, nell'individuazione del contenuto e dei limiti degli obblighi di diligenza, prudenza e perizia valutabili ai fini della sussistenza di profili di colpa, l'abilitazione all'esercizio della professione medica di soggetti che operano all'interno delle strutture ospedaliere sia pure in formazione e con autonomia vincolata vale a non esimere *tout court* gli specializzandi da responsabilità per le lesioni personali o la morte arrecate a seguito della distribuzione dei compiti all'interno dell'*equipe* medica di reparto.

Ciò che caratterizza la responsabilità penale dei m.s. attiene alla concreta capacità compiuta dalla giurisprudenza di adattare la regola cautelare, da cui deriva il grado di colpa del modello di agente, alle specifiche qualità professionali dei medici in formazione. Il m.s., infatti, anche se gode di autonomia solo vincolata alle direttive ricevute dal *tutor*, viene comunque qualificato come titolare di una posizione di garanzia nei confronti del paziente in relazione al concreto e personale ruolo svolto all'interno della condotta lesiva, sia pur condividendo la responsabilità, secondo i rispettivi ambiti di pertinenza e incidenza, con i medici strutturati da cui riceve le direttive <sup>(525)</sup>. E deve operare avendo il precipuo fine di prevenire rischi non consentiti, avendo in capo, quand'anche sia investito personalmente dell'attività medica dal docente, l'onere, secondo quanto in concreto percepibile in termini di rappresentazione e prevedibilità «in rapporto allo stadio del suo *iter* formativo al momento del verificarsi del fatto» <sup>(526)</sup> con prognosi *ex ante*, di valutare la possibilità di affrontare le difficoltà del caso specifico, astenendosi, se del caso, dall'operare, piuttosto che mettere a rischio la vita e l'incolumità dei pazienti <sup>(527)</sup>.

L'idea di fondo è, infatti, che, nonostante la partecipazione del m.s. agli interventi sia guidata dalle istruzioni del *tutor*, il concreto esperimento dell'attività in ragione delle competenze mediche

<sup>523</sup> In questi termini si esprime anche l'art. 5, d.m. 4 febbraio 2015, il quale, nel rispetto delle disposizioni di cui all'art. 38, co. 3, d.lgs. n. 368/1999, richiede allo specializzando l'assunzione di «progressiva responsabilità durante il percorso formativo, con particolare riguardo all'ultimo anno del corso». Il decreto ministeriale precisa che il grado di responsabilità deriva dalle competenze acquisite e certificate dal *tutor* nel libretto-diario (ove sono riassunte le attività svolte dal m.s.) e che, in ogni caso, lo specializzando non può mai essere impiegato in totale autonomia nella assunzione di competenze di natura specialistica. Anche il d.m. 1 agosto 2005 (art. 4, co. 4), nel superare, alla luce delle riforme intervenute, il d.m. 11 maggio 1995, riconduce la responsabilità dello specializzando alla disciplina dell'art. 43 d.lgs. n. 368/1999, promuovendo l'idea per cui, all'interno dell'*equipe* medica, la fungibilità o l'impersonalità della prestazione assistenziale o di cura, affidata dal paziente tramite consenso informato allo specifico trattamento e al complesso dei medici del reparto, determina la legittimazione all'intervento dello specializzando nel momento in cui l'autorizzazione del tutore, resa sulla base della valutazione di idoneità del m.s. in rapporto alla difficoltà dell'operazione, implicitamente ne ammette la capacità di assumere la responsabilità dell'operazione (cfr. RISI, *Il caso degli specializzandi*, cit., par. 4).

<sup>524</sup> Si vedano a tal proposito FORMAGGIO, voce *Medico chirurgo*, in *NDI*, Appendice, IV, Torino, 1983, spec. 1246 ss.; IANNOTTA, voce *Medico (profili generali)*, in *EGT*, XIX, Roma, 1990, 1 ss.; JARICCI, voce *Medico chirurgo*, in *DDP*, IX, Torino, 1994, 346 ss.

<sup>525</sup> Cass. pen. 6 ottobre 1999, n. 2453, in *CP*, 2000, 1978; Cass. pen. 6 ottobre 1999, n. 13389, in *CED*, 1999; Cass. pen. 2 aprile 2007, n. 21594, in *CP*, 2008, 3283, relativa al caso di un primario allontanatosi durante un intervento chirurgico, lasciato all'intera responsabilità dello specializzando; Cass. pen. 10 luglio 2008, n. 32424, in *FI*, 2008, 477.

<sup>526</sup> Cass. pen. 10 dicembre 2009, n. 6215, in *RIML*, 2011, 526; Cass. 6 marzo 2019, n. 20270.

<sup>527</sup> Cass. pen. 6 ottobre 1999, n. 2453, cit.; Cass. pen. 20 gennaio 2004, n. 32901, in *RP*, 2005, 750.



possedute impone al m.s. il dovere di diligenza, prudenza e perizia, secondo un modello di agente parametrato all'*homo eiusdem condicionis et professionis* funzionale a garantire il preminente bene salute osservando le regole della buona pratica clinica. Un onere particolarmente grave e rigorosamente valutato anche nel caso in cui il m.s. riceva direttive errate da parte del tutore, posto che si impone al m.s., «oltre che l'obbligo di conoscere le *leges artis*, anche l'ulteriore obbligo di farle meditatamente e responsabilmente valere qualora sia necessario»<sup>(528)</sup>.

L'osservanza della buona pratica clinica scaturente dalla personale posizione di garanzia richiede, insomma, al m.s. di «procedere, comunque, con tutte le dovute cautele e le accortezze richieste dal caso, in contemplazione dell'obbligo di preservare la integrità fisica di chi anche a lui in quel momento si trova affidato»<sup>(529)</sup>, eventualmente rifiutandosi di operare, e genera, nel caso in cui si manifestino lesioni o morte derivanti da incapacità tecnica, un giudizio di rimproverabilità personale anche laddove il m.s., nell'esecuzione delle operazioni mediche, conformi la propria condotta alla direttiva impartita dal medico strutturato senza che possa ritenersi operare alcuna causa di giustificazione laddove questa si appalesi non appropriata (quanto alla diretta assunzione delle attività operatorie in riferimento al caso concreto, alla sua complessità e al rischio che ne consegue, all'abilità e all'esperienza richieste, alle cognizioni specialistiche sino a quel momento acquisite)<sup>(530)</sup>. L'elemento di colpevolezza che emerge è, dunque, quello della colpa per assunzione, derivante dalla consapevole accettazione di responsabilità mediche in piena coscienza del fatto che l'attività necessita di competenze diverse o maggiori, arricchita dal dovere del m.s. non solo di valutare la propria capacità professionale, ma anche di discutere, in base alle conoscenze acquisite, le scelte terapeutiche impartite dal tutore, considerato che egli, in quanto medico, prima ancora che discente, non può non far ricorso alle sue ineliminabili conoscenze teoriche, in guisa che «sulla esigenza didattica e sull'eventuale *metus reverentiae* non può non fare aggio la primaria esigenza del rispetto e della preservazione della integrità fisica della persona»<sup>(531)</sup>.

### 3. L'adeguata remunerazione: il dibattito giurisprudenziale relativo agli ex specializzandi.

L'art. 39 d.lgs. n. 368/1999 completa l'attuazione del principio di necessaria onerosità delle attività rese nel corso del periodo di specializzazione da parte dei medici contemplato dalla direttiva 82/76/CEE (art. 13) e prevede che ai m.s., per tutta la durata legale del corso, sia corrisposto dalle Università, con cadenza mensile, un trattamento economico annuo onnicomprensivo costituito da una parte fissa e da una variabile. La misura del trattamento economico spettante ai m.s. in base al contratto di formazione specialistica è stato in concreto fissato con i d.p.c.m. 7 marzo 2007, 6 luglio 2007 e 2 novembre 2007 e, a seguito della modifica operata dal d.l. 12 settembre 2013, n. 104 (conv. con mod. in l. 8 novembre 2013, n. 128), è soggetto ad un meccanismo di ridefinizione triennale.

Un siffatto riconoscimento costituisce l'esito di un percorso evolutivo a dir poco accidentato scaturito dall'emanazione della direttiva del 1982 e derivante dal ritardo con il quale il legislatore

<sup>528</sup> Cass. pen. 20 gennaio 2004, n. 32901, cit.

<sup>529</sup> Cass. pen. 6 ottobre 1999, n. 13389, cit.

<sup>530</sup> Cass. pen. 17 gennaio 2012, n. 6981, cit.

<sup>531</sup> Cass. pen. 6 ottobre 1999, n. 13389, cit.

italiano ha dato compiuta applicazione ai principi ivi sanciti<sup>(532)</sup>. L'irretroattività della nuova disciplina, applicabile solo ai m.s. iscritti alle Scuole di specializzazione a decorrere dall'a.a. 2006-2007, ha infatti generato notevoli problemi di adeguamento dell'ordinamento interno rispetto a quello comunitario determinando una lesione dei diritti soggettivi dei m.s. iscritti alle Scuole di specializzazione dal 29 gennaio 1982, ovvero dalla data di entrata in vigore della direttiva 82/76/CEE che, all'art. 13, nell'aggiungere alla direttiva 75/363/CEE un Allegato contenente le «caratteristiche della formazione a tempo pieno» dei m.s., introduceva il principio per cui la formazione professionale dovesse formare oggetto di una «adeguata remunerazione», imponendo agli Stati membri di conformarvisi entro il 31 dicembre successivo.

I Tribunali italiani sono così stati letteralmente presi d'assalto dalle istanze rivendicative dei medici specializzati prima dell'entrata in vigore della novella del 1999, i quali possono essere distinti in cinque categorie tra coloro che: *i*) avevano iniziato e concluso la specializzazione prima del 29 gennaio 1982; *ii*) avevano iniziato la specializzazione prima dell'a.a. 1982-1983, ma l'avevano conclusa successivamente; *iii*) avevano iniziato la specializzazione nell'a.a. 1982-1983 e chiaramente l'avevano conclusa successivamente; *iv*) avevano iniziato la specializzazione dopo il 1° gennaio 1983 e che, a loro volta, possono essere distinti fra gli iscritti: a) agli a.a. dal 1983-1984 al 1990-1991; e b) agli a.a. dal 1991-1992 al 2005-2006.

Mentre per i primi il diritto ad alcuna remunerazione è stato pacificamente escluso in virtù dell'assenza tanto del carattere subordinato della prestazione<sup>(533)</sup>, quanto di una normativa capace di imporre agli Stati membri l'obbligo di procedere a una remunerazione adeguata dei periodi di formazione a tempo pieno e a tempo ridotto come medico specialista prima dell'entrata in vigore della direttiva dell'82<sup>(534)</sup>, la mancanza di chiare indicazioni da parte della direttiva ha fatto sorgere un inatteso contrasto giurisprudenziale in relazione ai m.s. che avevano iniziato il corso antecedentemente al 1982 o nell'a.a. 1982-1983 e relativamente alla frazione temporale successiva al 1982.

Il riconoscimento del diritto risarcitorio anche per costoro per il periodo successivo al 1982, inizialmente negato sulla base di argomentazioni analoghe a quelle sopra descritte per i m.s. che

<sup>532</sup> Tale percorso ha stimolato non poco l'attenzione dei giuristi (cfr. RUGGIERO, *La Corte di Giustizia torna sul caso dei medici specializzandi: sì al risarcimento miliardario*, in *NGCC*, 2018, 476 ss.; D'AVENIA, *Il diritto al risarcimento/indennizzo per i medici iscritti ad un corso di specializzazione prima del 1 gennaio 1983. Il discutibile orientamento della Cassazione lavoro*, in *RAS*, 2015, 205 ss.; LA MALFA RIBOLLA, *Remunerazione dei medici specializzandi: tra prescrizione del diritto ed effettività della tutela*, in *Ragiusan*, 2015, 21 ss.; CILENTO, *La prescrizione del diritto al risarcimento del danno derivante dal mancato recepimento di direttive*, in *NLCC*, 2012, 85 ss.; ALTIMARI, *Medici specializzandi e responsabilità dello Stato per inadempimento nell'attuazione di direttive comunitarie: i punti fermi della Suprema Corte*, in *D&L*, 2011, 767 ss.; CASORIA, *Direttiva comunitaria sulla remunerazione spettante ai medici specializzandi: trasposizione non corretta nell'ordinamento giuridico italiano. Danno, risarcimento e prescrizione del diritto al risarcimento*, in *FI*, 285 ss.; DI MAJO, *I diritti dei medici specializzandi e lo Stato inadempiente*, in *CG*, 2011, 1428 ss.; FALTONI, *Lo Stato che viola gli obblighi comunitari risarcisce i cittadini in via extracontrattuale: ingiustizia comunitariamente qualificata?*, in *RCP*, 2010, 1864 ss.; DI MAJO, *Contratto e torto nelle violazioni comunitarie ad opera dello Stato*, in *CG*, 2009, 1351 ss.; DALFINO, *Sul diritto alle borse di studio per i medici specializzandi negli anni 1983-1991*, in *Ragiusan*, 2005, 18 ss.; SPADAFORA, *La remunerazione dei medici specializzandi: profili risarcitori alla luce della giurisprudenza comunitaria*, in *DL*, 2005, 347 ss.).

<sup>533</sup> Cfr. par. 1.1.

<sup>534</sup> Peraltro, anche la disparità di trattamento rispetto agli specializzandi iscritti successivamente all'entrata in vigore della direttiva veniva giustificata sulla base delle primarie esigenze di finanza pubblica, che avevano consentito l'evidente gradualità temporale con la quale era stato introdotto il principio rispetto alle originarie previsioni del 1975 (cfr. Cass. 4 dicembre 2012, n. 21719, in *FI*, 2012, 2538; Cass. 10 luglio 2013, n. 17067, in *GCM*, 2013; Cass. 9 luglio 2015, n. 14375, ivi, 2015, tutte in *Dejure*).

avevano completato i propri studi prima dell'entrata in vigore della direttiva <sup>(535)</sup>, è stato invero successivamente argomentato rilevando sia l'assenza nella disciplina comunitaria di una limitazione della platea dei beneficiari del diritto alla retribuzione ai soli medici iscritti ai corsi di specializzazione a partire dal 1° gennaio 1983 sia, comunque, il contrasto che la diversa interpretazione avrebbe posto con il criterio – funzionale al ristoro di tutti i danneggiati per il ritardo del legislatore – dell'applicazione c.d. retroattiva e completa delle misure di attuazione della norma comunitaria <sup>(536)</sup>.

Dal dissenso interno alla Cassazione ha trovato origine la rimessione della questione interpretativa alla Corte di Giustizia dell'UE <sup>(537)</sup>, la quale ha ritenuto conforme al diritto dell'Unione l'interpretazione secondo cui la remunerazione adeguata doveva essere corrisposta a partire dal 1° gennaio 1983 e fino alla conclusione della formazione a prescindere dalla data di iscrizione alle Scuole di specializzazione e, dunque, anche in favore di coloro che avevano frequentato i corsi prima del 1982 e comunque fino al 1990, con conseguente diritto al risarcimento per inadempimento dello Stato agli obblighi derivanti dalla direttiva e commisurazione del risarcimento medesimo – per la mancata percezione di una retribuzione adeguata – non all'intero periodo di durata del primo a.a. di corso, ma alla frazione temporale della durata del corso successiva alla scadenza del termine di trasposizione della direttiva (31 dicembre 1982), a partire dalla quale l'inadempimento si era verificato <sup>(538)</sup>.

Tale opzione ermeneutica sembra del tutto coerente con la *ratio* della direttiva, che è quella di garantire una forma di sussidio e di sostegno reddituale ai medici nel corso della specializzazione e di assicurare un'omogeneità sul territorio dell'Unione delle condizioni reddituali degli specializzandi, al fine di garantire anche le libertà di circolazione e di mobilità studentesca.

In tal senso, nonostante l'avvenuto recepimento delle indicazioni europee da parte delle Sezioni Unite e degli altri giudici interni sia stato limitato ai medici iscritti nelle Scuole di specializzazione nell'a.a. 1982-1983 <sup>(539)</sup>, la giurisprudenza ha favorito la tendenza espansiva del principio anche in favore dei m.s. che avevano iniziato il corso antecedentemente al 1982, sempre relativamente alla frazione temporale successiva al 1982, in considerazione del principio secondo cui la legge sopravvenuta disciplina il rapporto giuridico in corso allorché esso, sebbene sorto anteriormente, non abbia ancora esaurito i propri effetti e purché la norma innovatrice non sia diretta a regolare il fatto generatore del rapporto, ma il suo protrarsi nel tempo <sup>(540)</sup>.

Diverso il discorso per i m.s. iscritti dopo l'entrata in vigore della direttiva comunitaria dell'82, ma prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 257/1991, rispetto ai quali la tardiva e incompleta trasposizione della direttiva 82/76/CEE ha determinato integralmente in capo allo Stato una

<sup>535</sup> Secondo Cass. 10 luglio 2013, n. 17067, Cass. 6 marzo 2014, n. 5275 e Cass. 20 luglio 2015, n. 15198 andava invero negato il diritto al risarcimento a coloro che avessero già iniziato il corso alla data del 31 dicembre 1982, poiché fino a tale data non si era verificato alcun inadempimento da parte dello Stato.

<sup>536</sup> Cass. 2 settembre 2015, n. 17434.

<sup>537</sup> Cass. S.U. ord. 21 novembre 2016, n. 23581.

<sup>538</sup> Corte Giust. 24 gennaio 2018, cause riunite C-616/16 e C-617/16, in *NGCC*, 2014, 472.

<sup>539</sup> Cass. S.U. 31 luglio 2018, n. 20348; conf. *ex plurimis* Cass. 26 febbraio 2019, n. 5509; Cass. 2 ottobre 2019, n. 24625.

<sup>540</sup> Cass. 16 gennaio 2020, n. 821, in *Dejure*.

responsabilità risarcitoria qualificabile *ex art.* 2043 cod. civ. o, secondo l'opinione accolta dalle Sezioni Unite, per inadempimento di obbligazione *ex lege* consistito nel non aver assicurato il diritto dei medici frequentanti le Scuole a percepire un'adeguata remunerazione<sup>(541)</sup>. Una siffatta forma di tutela avverso l'omissione statale è stata, in particolare, riconosciuta, sulla scorta delle elaborazioni fornite dalla Corte di Giustizia nelle note sentenze *Francovich* e *Brasserie du pêcheur*<sup>(542)</sup>, nelle controversie *Carbonari* e *Gozza*<sup>(543)</sup>, nell'ambito delle quali la giurisprudenza europea, pur affermando il carattere incondizionato e sufficientemente preciso degli obblighi contenuti nelle direttive europee, ne ha escluso la diretta applicabilità in quanto inadeguate a consentire al giudice nazionale di identificare il debitore tenuto a versare la remunerazione e a individuare l'importo della stessa. La giurisprudenza europea, inoltre, ha precisato che ove l'obbligo imposto allo Stato italiano di raggiungere il risultato previsto dalla direttiva nonché di adottare ogni misura di carattere generale o particolare diretta ad assicurarne l'esecuzione non risulti adempiuto, la lesione dei diritti dei singoli consente l'applicazione di un rimedio risarcitorio per i danni derivanti dall'omissione e giustifica, quindi, il ristoro richiesto dai medici in formazione specialistica per il periodo di formazione successivo al 1° gennaio 1983.

La giurisprudenza interna si è subito conformata all'orientamento espresso dalla Corte europea in virtù della preminenza del diritto comunitario e, dopo aver rifiutato la possibilità di applicazione di rimedi estranei a quello risarcitorio<sup>(544)</sup>, ha riconosciuto al principio di adeguata remunerazione efficacia diretta in favore dei m.s. nei confronti delle amministrazioni statali<sup>(545)</sup>. L'azione di riconoscimento di indennizzo per inesatta o tardiva attuazione delle direttive comunitarie viene peraltro anche a mutare la competenza del tribunale, non più in funzione di giudice del lavoro, ma ordinario, in ragione della natura risarcitoria della causa e dell'ininfluenza della natura, subordinata o parasubordinata, del rapporto di lavoro.

I presupposti riconosciuti per ottenere il risarcimento del danno vengono così individuati: *i)* nella frequenza di uno dei corsi di specializzazione menzionato dagli artt. 5 e 7 della direttiva 75/362/CEE, avente durata minima non inferiore a quella indicata dagli artt. 4 e 5 della direttiva 75/363/CEE, considerati come un elenco tassativo, con conseguente preclusione del ricorso all'applicazione estensiva o analogica<sup>(546)</sup>; e *ii)* nella frequenza di un corso di specializzazione nel

<sup>541</sup> Cass. S.U. 17 aprile 2009, n. 9147, in *FI*, 2010, 168. Su tale distinzione, che ha notevoli implicazioni in merito al termine prescrizione applicabile e alla sussistenza di un elemento di colpevolezza, v. DI MAIO, *I diritti dei medici*, cit., 1412 ss.; ID., *Contratto e torto*, cit., 1351 ss. Argomentazioni a favore dell'interpretazione delle S.U. si rinvengono in Cass. 17 maggio 2011, n. 10813, in *FI*, 2011, 1650.

<sup>542</sup> Corte Giust. 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich*; Corte Giust. 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du pêcheur*.

<sup>543</sup> Corte Giust. 25 febbraio 1999, C-131/97, *Carbonari*; Corte Giust. 3 ottobre 2000, C-371/97, *Gozza*.

<sup>544</sup> Segnatamente l'azione generale di ingiustificato arricchimento, in ragione dell'assenza della necessaria sussidiarietà, esclusa dalla presenza di un'azione tipica contro lo Stato: Cass. 9 gennaio 2014, n. 307, in *GCM*, 2014.

<sup>545</sup> Più precisamente, il legittimato passivo in tema di responsabilità dello Stato da mancata attuazione di direttive comunitarie in materia di retribuzione della formazione dei m.s. è stato individuato nella Presidenza del Consiglio dei Ministri (Cass. 31 marzo 2015, n. 6470, in *Dejure*) e non nei singoli Ministeri (Cass. 26 giugno 2013, n. 16104, *ivi*; Cass. 17 marzo 2015, n. 5230, *ivi*; Cass. 25 marzo 2015 n. 6029, *ivi*; Cass. 27 aprile 2015, n. 8520, *ivi*). È inoltre stata esclusa la legittimazione passiva delle Regioni e delle Università (Cass. 29 agosto 2011, n. 17682, *ivi*; Cass. 11 novembre 2011, n. 23558, *ivi*; Cass. 25 luglio 2019, n. 20099, in *GCM*, 2019).

<sup>546</sup> Laddove le specializzazioni, al tempo della loro frequenza, non siano ricomprese negli elenchi menzionati la domanda è stata rigettata anche in assenza di contestazione, considerandosi l'inclusione della specializzazione negli elenchi un fatto costitutivo della pretesa risarcitoria rilevabile d'ufficio (Cass. 10 aprile 2013, n. 8764, in *GCM*, 2013).

periodo successivo al 31 dicembre 1982, posto che, prima di tale termine, nessun inadempimento poteva essere attribuito allo Stato italiano. Rinvenendo il fondamento delle domande volte ad accertare la responsabilità dello Stato italiano per mancata o tardiva attuazione delle direttive comunitarie non *self-executing* nell'inadempimento di una obbligazione *ex lege* di natura indennitaria per attività non anti-giuridica nel diritto interno, si è invece esclusa la necessità del dolo o della colpa<sup>(547)</sup>.

La riconducibilità all'area contrattuale della responsabilità dello Stato genera un'importante conseguenza in merito al termine prescrizionale applicabile. Il sopravvenuto termine prescrizionale quinquennale introdotto dall'art. 4, co. 43, l. 12 novembre 2011, n. 183 non ha infatti avuto impatto sulla questione, essendo stato ritenuto applicabile solo a fatti verificatisi successivamente alla sua entrata in vigore (1 gennaio 2012)<sup>(548)</sup>. L'irretroattività della norma consente invece di ritenere operativa la prescrizione decennale *ex art. 2947 cod. civ.*, giudicata la più coerente con i principi di prevedibilità, effettività ed equivalenza<sup>(549)</sup>.

Dopo qualche iniziale contrasto<sup>(550)</sup>, il *dies a quo* è stato riconosciuto nel 27 ottobre 1999, ovvero nella data di entrata in vigore dell'art. 11, l. n. 370/1999 (con il quale il legislatore ha introdotto il diritto a una borsa di studio unicamente in favore degli specializzandi ammessi alle scuole negli anni 1983-1991 e destinatari di alcune sentenze passate in giudicato del T.A.R.) poiché solo da detta data l'obbligo risarcitorio è divenuto per i soggetti esclusi, e quindi per i medici non destinatari delle pronunzie del giudice amministrativo, apprezzabile come un effetto della condotta di inadempimento ormai definitivo<sup>(551)</sup>. Conseguentemente, il diritto al risarcimento del danno si intende prescritto solo a condizione che i m.s. ammessi alle Scuole di specializzazione fino al 1991 non abbiano agito giudizialmente o abbiano costituito in mora l'Amministrazione dello Stato entro il 27 ottobre 2009<sup>(552)</sup>.

Se il credito non è prescritto e il medico (ex) specializzando dimostra, quale fatto costitutivo della propria azione, la frequenza a uno dei corsi ricadenti negli elenchi previsti dalla normativa

<sup>547</sup> Cass. 22 novembre 2019, n. 30502, in *GCM*, 2019; Cass. 11 novembre 2011, n. 23577, *ivi*, 2011, 1590; Cass. 10 febbraio 2015, n. 2538, *ivi*, 2015.

<sup>548</sup> Cass. 9 febbraio 2012, n. 1917, in *Dejure*; Cass. 8 febbraio 2012, n. 1850, *ivi*; Cass. 5 aprile 2012, n. 5533, in *Ragiusan*, 2012, 23.

<sup>549</sup> Cass. 17 maggio 2011, n. 10813, *cit.*

<sup>550</sup> Cfr. Cass. 3 giugno 2009, n. 12814, in *CG*, 2009, 1348, che, applicando il principio elaborato dalla Corte di Giustizia nel caso *Emmert* (Corte Giust. 25 luglio 1991, C-208-90), attribuiva rilevanza, ai fini del corso della prescrizione, alla piena conoscibilità del contenuto del diritto da azionare e pertanto rinveniva l'inizio del corso della prescrizione nella data di entrata in vigore del d.lgs. n. 257 del 1991, ritenendo che solo a partire da questa data il titolare del diritto poteva venire a conoscenza del contenuto del diritto attribuito e dei limiti temporali della corresponsione. Di diverso avviso Cass. 18 maggio 2011, n. 10813, *cit.*, che, criticando la precedente, riteneva che il *dies a quo* dovesse decorrere dal 19 ottobre 1999, data di entrata in vigore dell'art. 11 d.lgs. n. 370/1999, posto che, da tale data, l'inadempimento dello Stato italiano era divenuto definitivo.

<sup>551</sup> Cass. 22 novembre 2019, n. 30502, *cit.*; Cass. 31 maggio 2018, n. 13758, in *Dejure*; Cass. 20 marzo 2014, n. 6606, *ivi*; Cass. 26 giugno 2013, n. 16104, *ivi*; Cass. 29 ottobre 2011, n. 17682, *cit.*

<sup>552</sup> L'atto interruttivo della prescrizione, per esser valido, deve essere indirizzato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri. Se viene indirizzato erroneamente a un soggetto estraneo al rapporto controverso l'atto non è idoneo a interrompere il decorso del termine prescrizionale (cfr. Cass. 25 luglio 2019, n. 20099, *cit.* che ha dichiarato sussistente la prescrizione per essere state le lettere di messe in mora inviate soltanto all'Università). Peraltro, laddove il m.s. abbia compiuto validi atti interruttivi della prescrizione anteriormente al 27 novembre 2009 senza darvi ulteriore corso oppure attraverso un'azione giudiziale poi lasciata estinguere, poiché tali manifestazioni rivestono valore di atti di esercizio del diritto, la giurisprudenza ha riconosciuto che in tali casi la prescrizione decennale decorra dalle manifestazioni di esercizio del diritto (Cass. 17 maggio 2011, n. 10813, *cit.*).

europea<sup>553</sup>), ha diritto alla liquidazione del danno. La quantificazione dell'obbligo risarcitorio dello Stato italiano ha però determinato un acceso contrasto giurisprudenziale fra la posizione di quanti riconoscevano al m.s. l'intero trattamento previsto dall'art. 6 d.lgs. n. 257/1991 e quanti, invece, liquidavano l'indennizzo usando, come parametro equitativo, la somma prevista dall'art. 11 l. n. 370/1999, ovvero una borsa di studio annua onnicomprensiva, e non suscettibile di interessi e di rivalutazione monetaria, pari a L. 13.000.000.

Solo di recente le Sezioni Unite della Cassazione sono giunte a sanare il dissidio previsto nella giurisprudenza interna aderendo alla seconda tesi<sup>554</sup>). La possibilità di qualificare come remunerazione adeguata – da porre quale parametro equitativo – il trattamento previsto per la frequenza dei corsi istituiti dall'a.a. 1991-1992 dall'art. 6, d.lgs. n. 257/1991 è stata invero negata facendo leva sull'estensione temporale prevista dalla stessa novella, laddove, nel limitarsi a regolare situazioni future, ne prescriveva l'applicazione a decorrere dall'a.a. 1991-1992, e dunque sull'irretroattività della norma<sup>555</sup>). È stato anche possibile rigettare l'eccezione di specialità della normativa del 1999 sollevata dall'orientamento disatteso. La limitazione soggettiva prevista dall'art. 11 citato è stata anzi disapplicata in quanto incompatibile con il diritto di eguaglianza e con le finalità del diritto comunitario<sup>556</sup>) e si è giunti a considerare l'*aestimatio* effettuata dal legislatore del '99 come un atto di adempimento parziale della direttiva valevole *erga omnes*.

Nonostante a decorrere dall'a.a. 1991-1992 il legislatore abbia dato attuazione alla direttiva 82/76/CEE prevedendo il diritto agli ammessi alle Scuole di specializzazione, per tutta la durata del corso, a una borsa di studio, la questione relativa al riconoscimento in favore dei m.s. del principio di adeguata retribuzione non si è sopita. Per un verso, l'emanazione della direttiva 93/16/CEE, con la conferma del principio di adeguata remunerazione funzionale a garantire agli specialisti in via di formazione la possibilità di dedicarsi integralmente alle attività teorico-pratiche

<sup>553</sup> Sul regime probatorio, v. Cass. 22 novembre 2019, n. 30502, cit.; e Cass. 8 marzo 2017, n. 5781, in *GCM*, 2017.

<sup>554</sup> Cass. S.U. 27 novembre 2018, n. 30649, in *FA*, 2019, 1014.

<sup>555</sup> Cass. 24 gennaio 2020, n. 1641, cit.; Cass. 22 novembre 2019, n. 30502, cit.; Cass. 10 gennaio 2019, n. 462, cit.; Cass. S.U. 27 novembre 2018, n. 30649, cit. Peraltro, poiché la responsabilità dello Stato dà origine a un debito di valuta rispetto alla quale, secondo le regole generali di cui agli artt. 1219 e 1224 cod. civ., gli interessi legali possono essere riconosciuti solo dall'eventuale messa in mora o, in difetto, dalla notificazione della domanda giudiziale, ai m.s. non spetta anche la rivalutazione monetaria e i correlati interessi compensativi sulle somme riconosciute, salva rigorosa prova, da parte del danneggiato, di circostanze diverse da quelle normali tempestivamente e analiticamente dedotte in giudizio prima della maturazione delle preclusioni assertive o di merito e di quelle istruttorie (Cass. 24 gennaio 2020, n. 1641, cit.; Cass. 6 novembre 2014, n. 23635, in *Dejure*). L'impossibilità per i m.s. di vedersi riconosciuti anche i benefici normativi concessi dal legislatore successivamente al 1991, specie in materia concorsuale (cfr. par. 1), astrattamente legittima invece la possibilità di rivendicare il risarcimento di un danno ulteriore rispetto a quello riconosciuto dalla giurisprudenza, qualificato come danno da perdita di *chances*. La giurisprudenza compie però un accertamento rigoroso del pregiudizio (Cass. 11 marzo 2008, n. 6427, in *Ragiusan*, 2009, 18). Non è dunque sufficiente la mera allegazione che il mancato recepimento della direttiva non ha consentito ai m.s. di sfruttare il titolo di specialista all'estero e di beneficiare dei punteggi nei concorsi italiani, ma sono invece necessarie deduzioni specifiche da cui sia possibile individuare le occasioni favorevoli in concreto perdute (Cass. 22 novembre 2019, n. 30502, cit.).

<sup>556</sup> La giurisprudenza rinviene invero nell'art. 11 previsioni coerenti con le corrispondenti disposizioni delle direttive europee e la considera, pertanto, disciplina applicabile retroattivamente a tutti coloro che si sono trovati nella situazione contemplata dalla normativa. Di converso, considera disapplicabile la limitazione soggettiva in quanto irragionevolmente posta in violazione del principio di uguaglianza, laddove subordina il riconoscimento, in ambito interno, di un diritto attribuito ai singoli da una direttiva comunitaria a condizioni non previste da tale direttiva e, specificamente, alla condizione di avere adito l'autorità giudiziaria e ottenuto una sentenza favorevole addirittura prima dell'emanazione della legge di trasposizione (cfr. Cass. 24 gennaio 2020, n. 1641, in *GCM*, 2020; Cass. 22 novembre 2019, n. 30502, cit.; Cass. 10 gennaio 2019, n. 462, cit.; Cass. 10 agosto 2011, n. 17350, in *Ragiusan*, 2011, 16).

previste, ha fatto insorgere negli specializzandi il dubbio che gli Stati membri fossero ormai obbligati a disciplinare l'attività di formazione specialistica secondo lo schema del rapporto di lavoro subordinato. Per l'altro, l'introduzione, nel 1999, con il d.lgs. n. 368, di una remunerazione maggiore, perché pari a € 22.700,00 anziché L. 21.500.000, e dotata di una parte variabile oltre a un più favorevole meccanismo di rivalutazione<sup>(557)</sup>, nonché la postergazione degli effetti del d.lgs. n. 368 all'a.a. 2006-2007 hanno generato critiche in merito alla disparità di trattamento generatasi fra le diverse generazioni di specializzandi e tra i medici specializzandi iscritti presso le Università italiane e quelli iscritti in scuole di altri Paesi europei.

Tutte le domande avanzate dai m.s. iscritti fra gli a.a. 1991-1992 e 2005-2006, finalizzate a far valere il diritto al trattamento economico e contributivo previsto dal d.lgs. n. 368/1999 e dai d.p.c.m. 7 marzo, 2 luglio e 2 novembre 2007, sono state, però, respinte. Il condivisibile percorso argomentativo utilizzato per rigettare le azioni proposte dai m.s. beneficia della considerazione della direttiva del 1993 come «testo meramente compilativo, di coordinamento e aggiornamento delle precedenti disposizioni comunitarie già vigenti», privo di «carattere innovativo con riguardo alla misura dei compensi da riconoscersi agli iscritti alle scuole di specializzazione»<sup>(558)</sup>.

Quando, dunque, la *causa petendi* dell'azione promossa dai m.s. è stata rinvenuta nell'obbligazione indennitaria dello Stato per mancata attuazione della nuova direttiva, i ricorsi sono stati rigettati rilevando che l'adeguamento del diritto interno al diritto comunitario poteva già dirsi compiuto attraverso il riconoscimento del diritto all'adeguata remunerazione stabilito con il d.lgs. n. 257/1991<sup>(559)</sup>, anche considerando che la direttiva 93/16/CEE non aveva fissato una retribuzione minima di adeguatezza, lasciando in materia ampia discrezionalità agli Stati membri in considerazione della diversità dei contesti economici presenti nel territorio della Comunità Europea<sup>(560)</sup>, sicché non sussisteva alcun obbligo in capo allo Stato italiano di estendere il nuovo trattamento economico ai m.s. iscritti alle Scuole di specializzazione negli a.a. antecedenti il 2006-2007. La libertà concessa ai legislatori nazionali di dare concreta attuazione al diritto comunitario, riconosciuta anche in sede europea<sup>(561)</sup>, risponde, del resto, a scelte valutative di politica economica condizionate da esigenze di bilancio, sicché la diversa decorrenza dei vari trattamenti economici previsti dalla legge sfugge da censure di irragionevolezza e, segnatamente, di ingiustificata disparità di trattamento o discriminazione<sup>(562)</sup>.

<sup>557</sup> Si confrontino il d.p.c.m. 7 marzo 2007 e l'art. 6, d.lgs. n. 257/1991. In sintesi, gli specializzandi iscritti a partire dall'a.a. 1991-1992 lamentavano di aver beneficiato di una borsa di studio inizialmente pari a € 11.103,82, poi incrementata a € 11.598,33 fino all'a.a. 2005-2006, pur in presenza delle previsioni introdotte dal d.lgs. n. 368/1999, la cui efficacia è stata tuttavia procrastinata all'a.a. 2006-2007 e ha dunque trovato applicazione solo ai m.s. iscritti a far data da tale anno.

<sup>558</sup> Fra le sentenze più recenti, si vedano Cass. 6 maggio 2020, n. 8503, in *GCM*, 2020; Cass. 29 aprile 2020, n. 8380, in *Dejure*; Cass. 29 aprile 2020, n. 8378, *ivi*; Cass. 14 marzo 2018, n. 6355, *ivi*.

<sup>559</sup> Tra le più recenti, si vedano Cass. 27 agosto 2020, n. 17885; Cass. 28 febbraio 2020, n. 5455; Cass. 29 novembre 2019, n. 26074; Cass. 27 febbraio 2019, n. 5698; Cass. 26 febbraio 2019, n. 5502; Cass. 29 maggio 2018, n. 13445; Cass. 14 marzo 2018, n. 6355; Cass. 23 febbraio 2018, n. 4449; Cass. 4 giugno 2014, n. 15362; Cass. 16 gennaio 2014, n. 794, tutte reperibili in *Dejure*.

<sup>560</sup> Cass. 14 marzo 2018, n. 6355, *cit.*

<sup>561</sup> Cfr. le già citate Corte Giust. 25 febbraio 1999, C-131/1997, *Carbonari*; Corte Giust. 3 ottobre 2000, C-371/1997, *Gozza*.

<sup>562</sup> L'irretroattività degli effetti economici di maggior favore disposti con il d.lgs. n. 368/1999 e relativa normativa attuativa è, in particolare, riconosciuta priva di aspetti discriminatori in adesione all'orientamento espresso dalla giurisprudenza costituzionale in materia, secondo cui l'elemento temporale può essere legittimo criterio di discriminazione laddove intervenga a delimitare le sfere di applicazione di norme nell'ambito del riordino complessivo della disciplina attinente a una determinata materia (cfr. Corte Cost. 29 dicembre



Inoltre, in considerazione del fatto che la misura della borsa di studio riconosciuta dall'art. 6, d.lgs. n. 257/1999 non poteva dirsi irrisoria o manifestamente iniqua, ma anzi sufficiente a garantire al m.s. un'autonomia economica capace di consentirgli di mantenersi durante il periodo di studi e comunque di importo analogo alle borse di studio erogate ai dottorandi nelle altre facoltà universitarie, ossia in linea con altre forme di specializzazioni post-laurea previste nell'ordinamento italiano per laureati diversi dai medici <sup>(563)</sup>, anche le argomentazioni sollevate dai m.s. in merito alla violazione del diritto comunitario derivante dalla inadeguatezza della retribuzione riconosciuta sono state rigettate.

Anche il contenzioso in cui la *causa petendi* è stata rinvenuta direttamente nella qualificazione dei rapporti di formazione professionale – e dunque si radicava la competenza del giudice del lavoro e la legittimazione passiva delle sole Università, oltre alla prescrizione quinquennale ex art. 2948, n. 4 cod. civ. decorrente da ogni bimestre di corresponsione delle rate della borsa di studio previsto dall'art. 6 d.lgs. n. 257/1991 <sup>(564)</sup> – si è risolto, spesso, nella condanna alle spese dei m.s. in considerazione dell'impossibilità di qualificare i rapporti come subordinati <sup>(565)</sup> e, in ogni caso, di rinvenire disparità di trattamento irragionevoli, in quanto, per un verso, l'inapplicabilità dell'art. 36 Cost. rende impossibile effettuare un giudizio di proporzionalità con le retribuzioni dei medici operanti nell'ambito del Ssn e, comunque, con le retribuzioni percepite dai m.s. a decorrere dall'a.a. 2006-2007 <sup>(566)</sup>; e, per l'altro, la libertà del legislatore, insita nell'esercizio della potestà legislativa di differire gli effetti delle riforme, rende il fluire del tempo idoneo elemento di diversificazione della disciplina <sup>(567)</sup>. Non essendo il legislatore vincolato a disciplinare il rapporto dei m.s. secondo un particolare schema giuridico o ad attribuire una remunerazione di ammontare preindicato, la mera successione di leggi diverse non è, insomma, di per sé idonea a determinare

---

2004, n. 430; Corte Cost. 12 maggio 2005, n. 276). Ciò è chiaramente emerso nella sentenza n. 432 del 16 dicembre 1997, con la quale, proprio in relazione al trattamento economico dei m.s., è stata giudicata infondata la questione di legittimità costituzionale della retroattività delle norme della legge finanziaria che avevano escluso l'adeguamento al costo della vita delle borse di studio di cui all'art. 6 del d.lgs. n. 257/1991. La tesi, che trova conferma in altre sentenze espresse dalla Cassazione, secondo cui appartiene alla discrezionalità del legislatore la modulazione nel tempo delle discipline eventualmente favorevoli ad alcune categorie di cittadini, senza che ciò possa rivestire aspetti discriminatori alla luce dei parametri costituzionali (cfr. Cass. 28 luglio 2008, n. 20543, in *Leggidentalità*; Cass. 26 maggio 2005, n. 11176, *ivi*), si è sostanziata nella massima, tralattivamente ripetuta, per cui «il legislatore nel disporre il differimento dell'applicazione delle disposizioni contenute negli artt. da 37 a 42 e la sostanziale conferma del contenuto del d.lgs. n. 257 del 1991 ha esercitato legittimamente la sua potestà legislativa, non essendo vincolato a disciplinare il rapporto dei medici specializzandi secondo un particolare schema giuridico né ad attribuire una remunerazione di ammontare preindicato» (*ex plurimis* Cass. 27 agosto 2020, n. 17913; Cass. 19 maggio 2020, n. 9191; Cass. 6 maggio 2020, n. 8506; Cass. 17 gennaio 2020, n. 993; Cass. 15 ottobre 2019, n. 26074; Cass. 17 settembre 2019, n. 23154).

<sup>563</sup> Cass. 6 maggio 2020, n. 8503, *cit.*; Cass. 17 gennaio 2020, n. 993, in *Dejure*; Cass. 15 giugno 2016, n. 12346, *ivi*; Cass. 6 novembre 2014, n. 23635, *cit.* Isolata è invece rimasta la contraria Cass. 22 aprile 2015, n. 8243, *ivi*, che, nell'accogliere la tesi della sussistenza del diritto al risarcimento per ritardata trasposizione della normativa comunitaria «sotto il profilo dell'insufficienza della borsa di studio», ha quantificato il danno risarcibile nella «differenza fra il trattamento che i ricorrenti avrebbero percepito se la direttiva comunitaria in questione fosse stata attuata immediatamente, e quello effettivamente percepito»; cfr. nella giurisprudenza di merito Trib. Roma sez. II, 18 aprile 2018, n. 7826, *ivi*; App. Napoli sez. IV, 21 aprile 2016, n. 1649, *ivi*.

<sup>564</sup> Trib. Roma sez. II, 10 giugno 2019, n. 12108, in *Dejure*; Trib. Roma sez. II, 14 marzo 2018, n. 5472, *ivi*.

<sup>565</sup> Cfr. par. 1.1.

<sup>566</sup> Cass. 14 marzo 2018, n. 6355, *cit.*; Cass. 23 febbraio 2018, n. 4449, *cit.*

<sup>567</sup> V. Cass. 17 gennaio 2020, n. 993, in *Dejure*; Cass. 23 febbraio 2018, n. 4449, *cit.*; Cass. 4 luglio 2014, n. 15362, *cit.* Con analoghe argomentazioni è stata ritenuta manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 46, comma 2, del d.lgs. 17 agosto 1999, n. 368, come sostituito dall'art. 1, co. 300, l. n. 266/2005, per contrasto con artt. 2, 3 e 36 Cost., nella parte in cui ha sospeso fino al 2007 l'entrata in vigore degli artt. 37-39 d.lgs. n. 368/1999 (App. Roma sez. II, 28 febbraio 2014, nn. 1628 e 1629, in *Leggidentalità*).



una lesione delle posizioni giuridiche soggettive dei medici iscritti alle Scuole di specializzazione prima della riforma del '99 e giustifica, pertanto, oltre al disconoscimento delle differenze retributive tra l'importo della borsa di studio percepito e il trattamento economico di cui i m.s. avrebbero beneficiato in applicazione della novella, anche il blocco della rivalutazione triennale disposto per l'anno 1993 e per i trienni 1994-1996 e 2000-2002 e necessitato da ragioni economico-finanziarie dello Stato Italiano <sup>(568)</sup>.

#### 4. La rotazione tra strutture e lo scambio internazionale.

La rotazione tra le strutture rappresenta una componente essenziale della formazione del medico specializzando, rappresentando un metodo attraverso cui acquisire le competenze necessarie allo svolgimento della professione di specialista, conoscendo e sperimentando le diverse realtà da cui è composta la rete formativa e sanitaria, motivo per cui è stata resa obbligatoria <sup>(569)</sup>.

L'attività del medico specializzando, pertanto – applicando correttamente la rotazione prevista ex lege – non può svolgersi per più di un certo periodo nella stessa struttura; ciò segna un punto di differenziazione rispetto a un ordinario rapporto di lavoro e risulta, d'altro canto, pienamente in linea con la finalità formativa.

Le modalità della rotazione sono stabilite annualmente dal consiglio della scuola, che deve organizzarla in modo tale da consentire non solo che sia garantita la completezza della formazione <sup>(570)</sup>, ma anche che lo specializzando, applicandosi alle attività esercitate dalle diverse strutture, acquisisca una progressiva autonomia, secondo il principio, su cui già ci si è soffermati, di graduale assunzione di responsabilità <sup>(571)</sup>. Invero la rete dovrebbe essere composta da strutture eterogenee: strutture sul territorio, ospedaliere, universitarie, che permettono l'esercizio di diverse attività anche caratterizzate da differenti livelli di autonomia.

Considerata l'importanza del ruolo del tutor, chiamato a supervisionare l'attività concretamente svolta dallo specializzando, nell'ambito della rotazione si procede, di norma, alla designazione di un diverso tutor, selezionato tra i medici specialisti della diversa unità operativa assistenziale in cui il medico specializzando presterà la propria attività.

Sempre con il fine di perfezionare la formazione, i medici specializzandi possono svolgere un periodo presso strutture estranee alla rete formativa, italiane o estere, non superiore ai diciotto mesi <sup>(572)</sup>. Le strutture estere sono individuabili sia in paesi facenti parte dell'Unione Europea che esterni, è richiesto però che le caratteristiche delle strutture siano comparabili a quelle accreditate nel nostro Paese. Le attività svolte nel periodo all'estero dovranno essere documentate <sup>(573)</sup>,

<sup>568</sup> Cass. S.U. 16 dicembre 2008 n. 29345, in *Dejure*; Cass. 26 maggio 2011 n. 11565, ivi; Cass. 29 ottobre 2012, n. 18562, ivi; Cass. 4 luglio 2014, n. 15362, cit.; Cass. 16 ottobre 2019, n. 26240, ivi; Cass. 19 febbraio 2019, n. 4809, ivi; Cass. 23 febbraio 2018, n. 4449, cit. I m.s. hanno avuto solo diritto alla rideterminazione triennale dell'importo percepito a titolo di borsa di studio previsto dall'art. 6, co. 1, d.lgs. n. 257/1991, che è rimasta bloccata solo fino al 31 dicembre 1993, ma non per il periodo successivo (Cass. 17 giugno 2008, n. 16385, in *Dejure*; Cass. 29 ottobre 2012, n. 18562, cit.).

<sup>569</sup> D.I. 13 giugno 2017, n. 402, all 1. Sul punto cfr. anche la nota Miur del 27.09.2018, nella quale si insiste proprio sulla necessità di garantire l'effettività della rotazione.

<sup>570</sup> D.I. 13 giugno 2017, n. 402 all 1, art. 1.2.

<sup>571</sup> Nella nota MIUR del 27.09.2018, in particolare, si raccomanda che negli ultimi anni di specializzazione, i medici vengano inviati nelle strutture a più elevata complessità.

<sup>572</sup> Art. 40, co. 6, d.lgs. 17 agosto 1999, n. 368 e art. 2, co. 11, d.m. 4 febbraio 2015, n. 68.

<sup>573</sup> D.P.R. 10 marzo 1982, n. 162, art. 12, co.3.

analogamente a quanto richiesto per quelle svolte presso la struttura di riferimento della Scuola; non è prevista, invece, la possibilità di sostenere gli esami previsti dalla Scuola presso tali strutture.

### 5. L'orario di svolgimento della prestazione.

Il d.lgs. n. 368/1999 dedica una sola, scarna, disposizione alla materia dell'orario di svolgimento delle attività dei medici specializzandi, l'art. 40, secondo cui l'impegno richiesto per la formazione specialistica dev'essere pari a quello previsto per il personale medico del Ssn a tempo pieno; questa norma, come si vedrà, permette di ritenere applicabile quantomeno la disciplina dell'orario di lavoro propria dei medici del Ssn anche ai medici specializzandi.

L'applicazione della normativa relativa all'orario di lavoro anche a tali figure, invero, non risulta in linea di principio affatto pacifica, considerato che il rapporto dei medici specializzandi non è qualificato come rapporto di lavoro.

Va tuttavia rilevato che il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 66 fa espressa menzione della figura del «medico in formazione»<sup>(574)</sup>, alla quale non sembra esservi motivo di non ricondurre il medico specializzando<sup>(575)</sup>, includendola nell'elenco di attività per le quali è consentita la deroga alla disciplina del riposo giornaliero e dell'orario massimo settimanale, confermando così, di converso, l'applicabilità della rimanente disciplina anche ai medici specializzandi. Si deve, pertanto, ritenere – non senza registrare una certa confusione del legislatore – che i medici specializzandi siano assoggettati alla disciplina dell'orario di lavoro di cui al d.lgs. n. 66/2003; ciò comporta che, stante la mancata emanazione dello specifico decreto ministeriale previsto dalla norma menzionata per disciplinare le specifiche deroghe, agli stessi trovi applicazione la disciplina legislativa nella sua interezza<sup>(576)</sup>, eccezion fatta esclusivamente per gli aspetti incompatibili con l'insussistenza di un rapporto di lavoro, su cui si tornerà.

A ben vedere, in ogni caso, la disciplina applicabile risulta essere la medesima sia che si consideri come fonte direttamente il d. lgs. n. 66/2003 che applicando la disciplina dell'orario di lavoro dei medici del Ssn in virtù del rinvio contenuto nell'art. 40 d.lgs. n. 368/1999.

È noto, infatti, che, sebbene il legislatore sia intervenuto nel corso del tempo sulla disciplina dell'orario di lavoro dei medici del Ssn – fissato in 38 ore settimanali, di cui 4 dedicate alla formazione – introducendo diverse disposizioni<sup>(577)</sup> tese a dichiarare inapplicabile ai medici del servizio sanitario nazionale le disposizioni in tema di durata massima dell'orario settimanale di lavoro e di riposo giornaliero<sup>(578)</sup>, tali interventi legislativi sono stati ritenuti illegittimi dalla Commissione

<sup>574</sup> Cfr. art. 17, co. 2, lettera c, n. 1, che riprende l'art. 17, co. 3, lettera c, i, dir. 2003/88/CE.

<sup>575</sup> In tal senso anche PASQUALETTO, *Le incertezze del legislatore italiano*, op. cit., nt. 23; STILE, *I confini dell'interpretazione adeguatrice*, in DL, 2003, p. 247. Va inoltre evidenziato che probabilmente proprio la particolarità della formazione specialistica ha indotto il legislatore comunitario – e conseguentemente quello interno – a considerare separatamente la figura, per la quale non vi sarebbe stata altrimenti necessità di una specifica menzione.

<sup>576</sup> Parere Ministero della Salute, in merito all'applicazione Dir. UE 2003/88/CE all'attività assistenziale dei medici in formazione specialistica del 9 marzo 2016.

<sup>577</sup> Artt. 3, comma 85, della l. 24 dicembre 2007, n. 244 e 41, comma 13, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112.

<sup>578</sup> In merito a tali deroghe ad alla loro compatibilità con la direttiva UE, LECCESE, ALLAMPRESE, *Direttiva n. 2003/88 e disciplina italiana su orario e risposi del personale del Ssn*, in RGL, 2009, p. 359 ss.

europea e conseguentemente superati con l'art. 14 della l. 30 ottobre 2014, n. 161 (<sup>579</sup>).

Quest'ultima norma, pertanto, sebbene espressamente destinata agli appartenenti al ruolo sanitario del Ssn, comporta, per effetto di quanto disposto nell'art. 40, d.lgs. n. 368/1999, l'inapplicabilità della deroga precedentemente previste anche nei confronti dei medici specializzandi (<sup>580</sup>).

In conclusione, sia per l'operare del rinvio contenuto nel d.lgs. n. 368/1999 che per l'applicabilità diretta delle norme relative all'orario di lavoro, anche i medici specializzandi risultano destinatari della disciplina dell'orario di lavoro contenuta nel d.lgs. n. 66/2003.

Ciò posto, non può tacersi del problema derivante dalla prassi, invero molto diffusa, di richiedere al medico specializzando lo svolgimento di un quantitativo di ore superiore a quello prefissato. Tale prassi risulta negativa, comportando il rischio di frustrare le finalità formative del rapporto, sia nel senso che anche l'utilità della formazione pratica risulterà compromessa dallo svolgimento di un troppo elevato numero di ore, soprattutto se consecutive e comunque senza un congruo riposo, che poiché si rischia così di impedire che il medico specializzando possa dedicare un numero adeguato di ore alla formazione teorica.

Per quanto riguarda il trattamento delle eventuali ore di "lavoro straordinario", considerato che la borsa che riceve il medico specializzando non è, come visto, in alcun modo assimilabile a una retribuzione, non sembrano applicabili le maggiorazioni previste dalla legge (<sup>581</sup>), mentre si può ipotizzare, come invero previsto dalla maggior parte dei regolamenti, l'applicazione di riposi compensativi.

Infine, l'applicabilità della disciplina in materia di orario di lavoro comporta il riconoscimento, in capo agli specializzandi, del diritto alle ferie (<sup>582</sup>). Nel d.lgs. n. 368 del 1999 manca una specifica disposizione che attribuisca tale diritto; è però previsto, ex art. 40, co. 4, che lo specializzando possa godere di un periodo di massimo trenta giorni in cui gli è consentito di assentarsi per motivi personali, con preventiva autorizzazione, e tale norma viene di norma (<sup>583</sup>) utilizzata anche al fine di consentire il godimento delle ferie.

L'utilizzo di tale disposizione potrebbe ingenerare però un problema applicativo: invero atteso che il trattamento delle assenze per malattia è regolamentato solo ove esse superino i quaranta giorni, ipotesi in cui si prevede la sospensione del periodo di formazione, è invalsa la prassi di computare i periodi di assenza per malattia brevi all'interno dei trenta giorni di cui all'art. 40, co. 4; ciò, tuttavia, contrasta con il principio di incompatibilità tra ferie e malattia (<sup>584</sup>). Qualora, in conclusione, si volesse garantire al medico specializzando un regime orario equivalente rispetto

<sup>579</sup> BOSCATI, *È incostituzionale la legge regionale che per il personale sanitario deroga alle disposizioni statali in materia di orario di lavoro e di limiti all'assunzione a tempo determinato*, in *DRI*, 2017, p. 1175 ss.

<sup>580</sup> Nota MIUR 24 febbraio 2016.

<sup>581</sup> DANIELE, *La natura del rapporto degli specializzandi in medicina e chirurgia*, in *RGS*, 1997, p. 1088, propone infatti, in relazione alle prestazioni eccedenti ai doveri degli allievi, di ricorrere ai principi dell'indebito arricchimento.

<sup>582</sup> RISI, *Il caso degli specializzandi in medicina*, cit., p. 124, ritiene che in assenza di una regolamentazione di legge, questa debba essere rimessa alle singole scuole.

<sup>583</sup> *Sebbene non si sia rinvenuta alcuna disposizione regolamentare che lo preveda espressamente, questa risulta essere la prassi affermata nella generalità delle scuole di specializzazione.*

<sup>584</sup> *Ex multis* Corte Cost. 30 dicembre 1987, n. 616, in *GI*, 1989, I, 229; Cass. 6 aprile 2006, n. 8016, in *LG*, 2006, 980.

a quello dei medici strutturati, dovrebbe essere fatto salvo il loro diritto di godere di quattro settimane di ferie annuali, indipendentemente dal numero di giorni di assenza per malattia effettuati nel corso dell'anno.

#### 6. Inadempimento del medico specializzando e cause di esclusione dalla scuola di specializzazione.

È possibile che il percorso di specializzazione si interrompa prima del conseguimento del titolo per il sopravvenire di una delle cause previste dal d.lgs. 17 agosto 1999, n. 368; esse sono espressamente definite, nell'art. 37, co. 5, come cause di risoluzione, tuttavia, dato che il contratto di formazione specialistica ha durata annuale, rinnovabile di anno in anno (<sup>585</sup>), sembra doversi interpretare la norma come attributiva non solo del potere di risolvere il medesimo ante tempus, e quindi nel corso dell'anno, ma anche della facoltà di non rinnovare il contratto per l'anno successivo. Anzi, a ben vedere una delle ipotesi, il mancato superamento delle prove stabilite per il corso di studi, condurrà presumibilmente proprio a tale conseguenza; le altre ipotesi, invece, risultano applicabili anche a situazioni intervenute nel corso dell'anno.

Esaminando singolarmente le rimanenti cause di risoluzione, è contemplata innanzitutto la rinuncia del medico specializzando, che risulta libera da ogni vincolo, senza necessità né che sia giustificata, né che sia accettata dall'Università, e l'ipotesi di incompatibilità, che si realizza ove lo specializzando violi il divieto di prestare attività libero-professionale all'esterno delle strutture in cui si effettua la formazione e di svolgere ogni rapporto convenzionale o precario con il servizio sanitario nazionale o enti e istituzioni pubbliche e private (<sup>586</sup>). V'è poi la causa costituita dalle «prolungate assenze ingiustificate ai programmi di formazione», che costituisce un'ipotesi aperta, nella quale il legislatore non ha ritenuto di fornire indicazioni quantitative precise, probabilmente rimettendole ai regolamenti delle singole scuole; invero non sembra potersi fare riferimento, interpretativamente, al limite di trenta giorni previsto dall'art. 40, co. 4, d.lgs. n. 17 agosto 1999, n. 368 giacché in tale norma vengono regolamentate le assenze giustificate. La scelta legislativa, tuttavia, da un lato apre a differenziazioni anche molto forti (<sup>587</sup>), e dall'altro, nei casi in cui non vi sia una previsione regolamentare espressa in merito al numero di giorni da considerare a tal fine, espone a inaccettabili margini di incertezza e discrezionalità.

Infine, è prevista la risoluzione per superamento del periodo di comporto (<sup>588</sup>), la durata del quale viene comunemente individuata in un anno, rifacendosi alla previsione dell'art. 40, co. 5, d.lgs. 17 agosto 1999, n. 368, *sebbene* tale norma, in realtà, nulla dica in merito all'eventuale cessazione del rapporto.

In tutti questi casi l'operare della causa di risoluzione comporta che il rapporto cessi, con esclusione del m.s. dalla Scuola, previa dichiarazione di decadenza dalla qualità di studente della

<sup>585</sup> Art. 37, co. 3, d.lgs. n. 368/1999.

<sup>586</sup> Così il disposto dell'art. 40 d.lgs. n. 368/1999.

<sup>587</sup> La forbice è allo stato attuale molto ampia e vede ai suoi estremi i sette giorni previsti dall'Università degli Studi di Milano da un lato, e dell'altro i trenta giorni previsti dall'Università Alma Mater Studiorum di Bologna; va detto, tuttavia, che le posizioni mediane risultano essere le più diffuse.

<sup>588</sup> Anche in questo caso la terminologia utilizzata, tipica del rapporto di lavoro, rivela l'ambiguità natura del rapporto dei m.s.

Scuola<sup>(589)</sup>.

Quanto al momento di adozione del provvedimento, questo può essere adottato anche posteriormente al conseguimento del titolo, nell'ipotesi in cui la causa di risoluzione sia accertata solo successivamente <sup>(590)</sup>, in quest'eventualità conseguirà anche l'obbligo del m.s. di restituire l'importo delle borse di studio indebitamente percepite; quando invece l'esistenza di una causa di risoluzione emerga nel corso dell'anno di norma il medico specializzando risulta destinatario di un provvedimento di esclusione dall'esame finale <sup>(591)</sup>.

Sebbene la norma menzioni solo un ristretto elenco di cause di risoluzione, si deve ritenere che essa non esaurisca le possibili ipotesi di cessazione del rapporto.

Anche in assenza di una previsione specifica, per esempio, si deve ritenere che la sopravvenuta inidoneità fisica o psichica costituisca un'ulteriore causa di risoluzione, in quanto l'accertata inidoneità del medico specializzando renderebbe impossibile lo svolgimento delle attività formative dedotte nel contratto <sup>(592)</sup>.

In secondo luogo, ci si può interrogare sulla rilevanza dei comportamenti del medico specializzando di grave inosservanza dei doveri imposti dalla struttura in cui opera, o comunque delle norme comuni di comportamento, ossia di ciò che in un rapporto di lavoro potrebbe costituire causa di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa. Se, invero, sembra potersi ammettere senza difficoltà che tali fatti, soprattutto quando costituiscano anche violazione dei doveri deontologici, possano essere oggetto di valutazione nell'ambito dei giudizi cui lo specializzando deve sottoporsi durante il percorso di studi, è opportuno verificare se essi possano rilevare autonomamente come motivo di cessazione del rapporto.

In altri contratti formativi, quali i tirocini e gli *stage*, l'inadempimento dello stagista/tirocinante viene infatti generalmente riconosciuto quale causa di risoluzione del contratto per inadempimento <sup>(593)</sup> o comunque di esclusione dal tirocinio <sup>(594)</sup>. È il caso, però, di rimarcare la diversità delle fattispecie, che si evince in primo luogo dal fatto che il medico specializzando è qualificato, come visto, come studente e dalla differente obbligazione dedotta nel contratto. Su questa base sembra preferibile ritenere che la valutazione dell'eventuale inadempimento debba essere effettuata all'interno di una valutazione complessiva dell'attività svolta nel corso dell'anno, e così nell'ambito del giudizio annuale.

<sup>589</sup> Provvedimento che avrà natura di decreto rettorale.

<sup>590</sup> T.A.R. Palermo, 29 settembre 2017, n.2281, in *RDF*, 2018, 420.

<sup>591</sup> Il provvedimento viene emesso dal Consiglio della Scuola, come risulta anche dalla generalità dei regolamenti; sull'incompetenza del direttore generale cfr. T.A.R. Roma, 1° luglio 2005, n. 5426, in *FA*, 2005, 2454.

<sup>592</sup> Si veda, per esempio, il regolamento dell'Università degli studi di Padova che prevede in questo caso che il contratto sia risolto per impossibilità sopravvenuta. Sulla portata generale del rimedio, DE MOZZI, *Condizioni personali del lavoratore e licenziamento*, Padova, 2018, p. 251-252, che anche per questo lo ritiene applicabile ai contratti a tempo determinato, in assenza di specifica normativa.

<sup>593</sup> Con riferimento agli *stage*, cfr. NICCOLAI, *Formazione professionale e formazione delle professioni*, in AA. VV., *Il diritto del lavoro della «flessibilità» e dell'«occupazione»*, Padova, 2000, 466.

<sup>594</sup> Così PASCUCCI, *Stage e lavoro: la disciplina dei tirocini formativi e di orientamento*, Torino, 2008, 340; nell'ambito dei tirocini formativi, TIRABOSCHI, *Tirocini formativi: il quadro giuridico e le esperienze universitarie*, in *DRI*, 2001, 70, considera però come causa di esclusione la sola giusta causa, forse rifacendosi alla disciplina in tema di contratto a tempo determinato.

Ulteriore possibilità è quella *prevista in* alcuni regolamenti nei quali, in caso di gravi inadempienze del medico specializzando, viene attribuito agli organi dalla Scuola il potere di irrogare la sanzione disciplinare consistente nell'espulsione dalla scuola. In questo caso, quindi, l'inadempimento può essere sanzionato tramite l'esercizio del potere disciplinare facente capo all'Università. Anche la percorribilità di tale opzione non risulta tuttavia pacifica: il potere disciplinare esercitabile dalle istituzioni formative nei confronti degli studenti iscritti tende infatti a perseguire un'ottica rieducativa (<sup>595</sup>), come risulta dalle disposizioni in materia (<sup>596</sup>) che, proprio per questo motivo, non prevedono sanzioni di carattere definitivo, né si ravvisano ragioni per diversificare il trattamento degli iscritti alle scuole di specializzazione.

### 6.1. Rimedi e tutele contro l'illegittima esclusione.

Se si trascorre dalla dimensione fisiologica dell'esclusione dalla scuola di specializzazione a quella patologica, ci si può domandare quali siano i rimedi cui il m.s. potrebbe far ricorso a fronte di un provvedimento di esclusione o di mancato rinnovo del contratto per mancato superamento delle prove stabilite dal piano di studi ritenuto illegittimo.

Il d.lgs. n. 368/1999 non contiene specifiche indicazioni riguardo ai rimedi, che restano dunque affidati alla normativa generale. L'adeguata tutela delle posizioni giuridico-soggettive dei m.s. è affidata, in via amministrativa, al procedimento per ricorso gerarchico e, in via giudiziale, all'instaurazione di un processo dinnanzi al T.A.R. per l'annullamento del provvedimento amministrativo illegittimo, a meno che, divenuto questo definitivo (<sup>597</sup>), la parte non preferisca presentare ricorso straordinario al Presidente della Repubblica secondo le regole stabilite dagli artt. 8 ss. d.p.r. 24 novembre 1971, n. 1199, valendosi di uno strumento di tutela che però risulta alternativo al ricorso giurisdizionale.

Limitandoci qui ai profili di maggior interesse, è possibile rilevare che, sul piano gerarchico, l'istanza diretta a ottenere il riesame del provvedimento andrà indirizzata al Rettore, quale organo universitario sovraordinato rispetto all'ufficio dell'ente universitario incaricato dell'applicazione della sanzione, e il procedimento amministrativo in autotutela, con il quale l'amministrazione universitaria riesamina internamente la legittimità o la legalità della propria azione, segue le regole previste dal d.p.r. n. 1199/1971.

Maggiori garanzie al soggetto leso risultano però apprestate sul piano giurisdizionale grazie alla posizione di terzietà e indipendenza riconosciuta alla magistratura a livello costituzionale (artt. 100, 103, co. 1 e 125, co. 2, Cost.). Fondamentalmente, il potere del giudice amministrativo di verificare la potenzialità lesiva dell'atto amministrativo rispetto alla posizione del m.s. nelle forme della violazione di legge, dell'incompetenza e dell'eccesso di potere (art. 21-*octies* l. 7 agosto 1990, n. 241) trova proprio in quest'ultima forma di indagine la propria peculiarità. Il riesame della discrezionalità amministrativa pone al centro della scena i fatti e gli interessi, obiettivati nel provvedimento, effettivamente valutati dall'Amministrazione pubblica e il controllo esercitato

<sup>595</sup> In tal senso NUNZIATA, *Considerazioni sulla responsabilità disciplinare degli studenti secondo lo statuto emanato con D.P.R. 24 giugno 1998, n. 249*, in RGS, 1999, 203 ss., seppur con specifico riferimento al potere sanzionatorio delle istituzioni scolastiche di secondo grado; i principi, tuttavia, risultano applicabili a tutte le istituzioni scolastiche e così anche alle Università.

<sup>596</sup> Cfr. in particolare la normativa tuttora vigente di cui al r.d. 20 giugno 1935, n. 1071.

<sup>597</sup> La definitività del provvedimento di espulsione si realizza dopo la decisione sul ricorso gerarchico o decorsi 90 giorni dalla proposizione del ricorso (silenzio rigetto *ex art.* 6 d.p.r. 1199/1971) senza che vi sia stata alcuna decisione. Acquisisce definitività anche il provvedimento non più impugnabile.

riguarda la congruenza degli effetti, più che la fattispecie.

Il T.A.R., più propriamente, può sindacare la discrezionalità tecnica impiegata dall'Ente universitario nell'effettuare la valutazione da cui conseguono il mancato superamento delle prove di esame – e dunque il mancato rinnovo del contratto – o l'espulsione. Trasponendo tale indagine sul piano pratico, e al di là di ogni considerazione in merito ai limiti di giustiziabilità dell'esercizio da parte della Pubblica Amministrazione di poteri riconducibili all'interpretazione di fatti complessi e caratterizzati da giudizi con inevitabili margini di opinabilità<sup>(598)</sup>, il sindacato giurisdizionale non dovrebbe limitarsi al mero controllo formale ed estrinseco del processo logico a fondamento della decisione e, dunque, della regolarità della procedura di valutazione, ma dovrebbe invece tendere ad accertare l'attendibilità della valutazione compiuta dall'Università sotto il profilo della correttezza – declinata, non diversamente da quanto avviene in materia di prove orali dei concorsi e degli esami<sup>(599)</sup>, nella manifesta irragionevolezza, adeguatezza, illogicità, contraddittorietà, proporzionalità, mancanza di motivazione o travisamento dei fatti – in merito al criterio adottato<sup>(600)</sup>. Il vaglio giurisprudenziale rinvia, quindi, alla necessità che il provvedimento amministrativo sia adeguatamente motivato, affinché possa essere poi sindacato per vizi logici, errore di fatto, travisamento dei presupposti ed erronea applicazione delle regole tecniche sottese al giudizio.

In questa direzione, peraltro, non può sottacersi la necessità di attenta cautela mediante la quale andrebbe posto in essere l'accertamento giudiziario. A meno che l'espulsione non derivi da fatti e circostanze concrete lesive di diritti soggettivi (ad es. comportamenti aggressivi nei confronti del corpo docente o dei colleghi), occorre considerare che le procedure di valutazione della preparazione dei m.s. attengono a giudizi irripetibili, subordinati all'*hic et nunc* del momento valutativo e, in ogni caso, alla mancanza di criteri tecnico-scientifici univoci e generalmente accettati idonei alla verifica della preparazione attitudinale e culturale dei medici in formazione specialistica. Per tale motivo deve respingersi l'idea che il giudice possa esercitare un sindacato sostitutivo, surrogando le proprie valutazioni a quelle amministrative e 'reintegrando' il medico specializzando nel corso di formazione specialistica con effetti retroattivi, sì da offrire al soggetto leso una misura pericolosamente vicina alla tutela c.d. reale che attualmente residua per i lavoratori subordinati dall'art. 18 Stat. lav. e dall'art. 2, d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 (e chiaramente inapplicabile agli specializzandi in virtù del fatto che – come visto<sup>(601)</sup> – lo svolgimento delle attività previste dal corso di studi non è inquadrabile negli schemi dei rapporti di lavoro subordinato, ma

<sup>598</sup> Tema che, evidentemente, per l'ampiezza e la profondità, non può essere in questa sede oggetto di indagine.

<sup>599</sup> Cons. Stato, sez. V, 24 marzo 2014, n. 1427, in *Dejure*; Cons. Stato, sez. VI 20 febbraio 2014, n. 838, ivi; Cons. Stato, sez. IV, 4 dicembre 2012, n. 6219, ivi; Cons. Stato, sez. IV, 23 luglio 2009, n. 4659, ivi.

<sup>600</sup> In questo senso, Cons. Stato sez. III, 11 febbraio 2013, n. 745, in *FA*, 2013, 384, nell'indagare la legittimità dell'espulsione dal corso di formazione specifica in medicina generale – poi ritenuta legittima – di due dottoresse che, in violazione del disposto dell'art. 11, d.m. salute 7 marzo 2006, avevano esercitato attività libero-professionale per lo svolgimento di attività di guardia medica in un carcere – per i quali avevano percepito, in aggiunta alla borsa di studio prevista dal Ministero della salute per la partecipazione al corso di formazione in medicina generale, un ulteriore compenso mensile per un'attività che comportava un impegno settimanale di 38 ore – ha provveduto a una valutazione nel merito della compatibilità dell'attività con la frequenza del corso di formazione, ritenendola assente – e quindi corretto l'*iter* logico seguito dall'Università – la compatibilità del nuovo rapporto con l'impegno a tempo pieno richiesto per la formazione specialistica, da cui deriva l'obbligo quotidiano di frequenza alle attività didattiche pratiche e teoriche.

<sup>601</sup> Cfr. par. 1.1.

attiene a un rapporto di studio strumentale alla verifica pratica degli insegnamenti impartiti nel corso del periodo di formazione specialistica <sup>(602)</sup>). Il giudice amministrativo non può, insomma, 'promuovere' lo specializzando, ma ha la facoltà di ordinare alla struttura universitaria di procedere a una nuova valutazione attraverso una ripetizione delle prove cosicché, a seguito del loro superamento, il m.s. possa essere riammesso nel corso di specializzazione con effetti *ex nunc* ai fini sia economici che giuridici.

Quanto al pregresso, la tutela giurisdizionale dell'interesse azionato resta affidata all'ordinario rimedio del risarcimento del danno causalmente riferito al provvedimento illegittimo: una «forma di tutela che soccorre a fronteggiare, per equivalente monetario, il pregiudizio eventualmente sofferto dal privato in ragione del tardivo conseguimento del bene della vita perseguito» <sup>(603)</sup> e consente al m.s. illegittimamente escluso di sopperire alla perdita di *chances* derivanti dal venir meno della possibilità concreta di incrementare il proprio patrimonio professionale e dal rallentamento subito nel proprio *cursus* professionale – con conseguente perdita di ragionevoli aspettative di progressione lavorativa.

## 7. Profili previdenziali, fiscali e assicurativi.

L'inquadramento previdenziale risente della duplice anima dei medici in formazione specialistica, i quali risultano iscritti, in quanto medici appartenenti all'Ordine professionale, nella Quota A del Fondo di previdenza Generale Enpam e, in quanto percipienti di borsa di studio, nella Gestione separata dell'Inps.

Il duplice onere previdenziale cui sono soggetti i m.s. trova la propria origine nella l. 23 dicembre 2005, n. 266, la quale ha disposto (all'art. 1, co. 300, lett. c)) la modifica dell'art. 41, comma 2, e, nel rendere pienamente operativo il d.lgs. n. 368/1999 <sup>(604)</sup>, ha esteso nei loro confronti l'applicazione dell'obbligo di iscrizione presso la Gestione separata dell'Inps (art. 2, co. 26, primo periodo, l. 8 agosto 1995, n. 335) e della relativa aliquota contributiva (art. 45, d.l. 30 settembre

<sup>602</sup> In tal senso l'unico precedente in materia: T.A.R. Bologna, sez. I, 29 giugno 2012, n. 462, cit., secondo cui la retrodatazione degli effetti della riammissione del ricorrente alla scuola di specializzazione, propria della reintegrazione nel posto di lavoro dopo un ingiusto licenziamento, si presenta incompatibile con le caratteristiche intrinseche dell'attività formativa. Il caso concerneva un m.s., il quale, sottoposto agli esami di profitto del secondo anno di corso della Scuola di specializzazione, si vedeva attribuire la votazione di 15/50 e il conseguente giudizio 'respinto', motivo per cui l'Ente universitario disponeva la cessazione del rapporto giuridico instaurato e ne dichiarava la decadenza dalla qualità di studente della Scuola. Lo specializzando, dopo aver invano proposto ricorso gerarchico, adiva in via cautelare il giudice amministrativo censurando, in particolare, l'omessa astensione del Presidente della Commissione esaminatrice, che a tanto sarebbe stato tenuto, ex art. 51, comma 1, n. 3), cod. proc. civ., per la grave inimicizia risultante dall'aver promosso, in qualità di Direttore della Scuola di specializzazione, un procedimento disciplinare a carico dello specializzando, indice di un'avversione personale sicuramente incompatibile con il sereno e imparziale esercizio delle relative funzioni; oltre a denunciare l'illegittimo espletamento della prova d'esame a porte chiuse e l'assenza di una motivazione della ritenuta insufficienza della prova, essendosi la Commissione limitata a indicare il punteggio finale. Il T.A.R., in sede cautelare, ordinava la ripetizione della prova d'esame con una Commissione esaminatrice di cui non facesse parte il Direttore della Scuola di specializzazione. La prova veniva effettivamente sostenuta e superata con la votazione di 40/50, con conseguente riammissione nella Scuola di specializzazione con effetti dalla data del superamento della prova e con relativa perdita degli emolumenti – oltre che della formazione – che sarebbero altrimenti spettati *medio tempore*. Da qui il caso sottoposto all'attenzione del Tribunale, perché, con motivi aggiunti, il m.s. si doleva della mancata retrodatazione degli effetti del provvedimento di riammissione.

<sup>603</sup> T.A.R. Bologna, sez. I, 29 giugno 2012, n. 462, cit.

<sup>604</sup> Che, come detto in par. 1, è entrato in vigore solo a partire dall'a.a. 2006-2007, sicché la modifica non ha generato problemi di diritto transitorio.



2003, n. 269, conv. con mod. in l. 24 novembre 2003, n. 326) <sup>(605)</sup>. La ragione di tale disposizione normativa va ricercata, con tutta probabilità, nell'intenzione di assicurare anche ai m.s. un'assicurazione per invalidità e vecchiaia assimilandoli ai soggetti che esercitano professioni abituali, ancorché non esclusive, di lavoro autonomo, nonché ai titolari di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, più che a soggetti assegnatari di borse di studio, invero espressamente esclusi da tale iscrizione.

Tale impostazione, tuttavia, risulta assai distonica sul piano sistematico rispetto alla disciplina prevista per gli altri professionisti, i quali, iscritti ad albo professionale e tutelati da specifica cassa previdenziale, non sono soggetti all'obbligo di iscrizione nella Gestione separata dell'Inps, la cui platea di destinatari è, dunque, di estensione residuale <sup>(606)</sup>. L'ingiustificata disparità di trattamento deriva dal fatto che, nonostante in via generale l'art. 6 del d.m. 2 maggio 1996, n. 281, emanato in virtù della delega contenuta nell'art. 2, co. 30, l. n. 335/1995, escluda dalla contribuzione alla gestione separata «i redditi già assoggettati ad altro titolo a contribuzione previdenziale obbligatoria» e l'art. 18, co. 12, l. 6 luglio 2011, n. 98, specifichi, con norma di interpretazione autentica del comma 26 dell'art. 2 l. n. 335/1995, che i soggetti tenuti all'iscrizione presso la Gestione separata sono esclusivamente coloro «che svolgono attività il cui esercizio non sia subordinato all'iscrizione ad appositi albi professionali, ovvero attività non soggette al versamento contributivo» a enti previdenziali di diritto privato, sugli emolumenti percepiti nel periodo di formazione specialistica i m.s. sono tenuti al pagamento dei contributi previdenziali in favore dell'Enpam per espressa previsione dell'art. 21 d.lgs. del Capo Provvisorio dello Stato 13 settembre 1946, n. 233, rat. con l. 17 aprile 1956, n. 561, e dell'art. 1, comma 3, d.lgs. 30 giugno 1994, n. 509, oltre che dell'art. 5, co. 1, dello stesso Statuto dell'Enpam, essendo invero automaticamente discendente dall'iscrizione all'Albo professionale l'insorgere dell'obbligo contributivo a favore del Fondo di Previdenza Generale.

Il doppio assoggettamento finisce, insomma, per generare per i m.s. spezzoni assicurativi di dubbia utilità, solo parzialmente compensati dal fatto che ai m.s. iscritti all'Enpam sia comunque riconosciuto il versamento dei contributi in favore dell'Inps con aliquota ridotta <sup>(607)</sup>: alcune ricerche hanno invero dimostrato la scarsa convenienza economica e la modesta utilità dei versamenti all'Inps e hanno invitato il legislatore a rimeditare la soluzione normativa escogitata considerando che i versamenti alla Quota B dell'Enpam garantirebbero agli specializzandi una pensione più alta del 45% oppure settemila euro di contributi in meno da pagare <sup>(608)</sup>.

Nelle more che siano la Corte Costituzionale o il legislatore a intervenire, alcuni istituti sopperiscono alla frammentazione del flusso contributivo degli specializzandi e favoriscono, invece, la portabilità della posizione assicurativa maturata dal medico nel corso del periodo di formazione specialistica: due gratuite, totalizzazione e cumulo, e una onerosa, la ricongiunzione.

<sup>605</sup> Per le implicazioni pratiche derivanti dalla disposizione, v. Inps, circolare 28 febbraio 2007, n. 37.

<sup>606</sup> Si vedano infatti le indicazioni contenute nella circolare Inps 9 marzo 2018, n. 45.

<sup>607</sup> Cfr. Inps, messaggio 19 dicembre 2008, n. 28284; Inps, messaggio 24 febbraio 2009, n. 4317, i quali hanno dapprima sospeso e poi annullato le disposizioni contenute nell'art. 1 della circolare 1 ottobre 2008, n. 88.

<sup>608</sup> FANTINI, *Specializzazioni, perché converrebbe passare all'Enpam*, 18 luglio 2018, in [www.enpam.it](http://www.enpam.it); TESTUZZA, *I frutti (magri) della Gestione separata Inps*, 18 luglio 2018, *ivi*.

Grazie alla totalizzazione, attualmente disciplinata dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 42, il medico può chiedere che la posizione previdenziale accantonata presso la Gestione separata dell'Inps (ex art. 1, co. 1, secondo periodo) possa essere sommata, «in virtù di una *fictio iuris*», ai periodi di iscrizione presso diverse gestioni al fine di percepire da ciascun ente previdenziale, «in base al criterio del *pro-rata*, una quota della prestazione proporzionata al periodo di iscrizione, calcolata applicando le norme in vigore per l'ente medesimo»<sup>609</sup>. Attraverso la totalizzazione delle frazioni contributive accantonate nelle diverse gestioni, insomma, il medico può ottenere un'anzianità contributiva unica valida per conseguire il diritto a pensione, di vecchiaia, di anzianità o anticipata. Le posizioni previdenziali non vengono trasferite fisicamente, come nella ricongiunzione, ma si opera un mero collegamento fra le posizioni assicurative, che ne consente il cumulo ai fini del perfezionamento dei requisiti richiesti per il conseguimento della pensione, la quale verrà poi determinata *pro quota* dalle gestioni interessate in rapporto ai rispettivi periodi di iscrizione maturati (art. 4).

La circostanza che la totalizzazione comporti, generalmente e salva l'ipotesi in cui il requisito contributivo maturato nella gestione pensionistica sia uguale o superiore a quello minimo richiesto per il conseguimento del diritto alla pensione di vecchiaia, la liquidazione del trattamento pensionistico esclusivamente con le regole del sistema contributivo spiega, peraltro, perché l'operazione sia gratuita. L'istituto, infatti, agisce nel senso di generare un nesso tra gestioni previdenziali, derivanti dal cambiamento di lavoro – e, pertanto, di destinazione della contribuzione –, senza garantire al richiedente altro vantaggio che l'attuazione della garanzia costituzionale del diritto alla pensione previsto dall'art. 38, co. 2, Cost.<sup>610</sup>.

Oltre alla totalizzazione, grazie all'estensione della facoltà di cumulo dei periodi assicurativi non coincidenti di cui alla l. 24 dicembre 2012, n. 228, compiuta con decorrenza dal 1° gennaio 2017 anche nei confronti degli iscritti agli Enti di previdenza privati di cui al d.lgs. 30 giugno 1994, n. 509, e al d.lgs. 10 febbraio 1996, n. 103 (art. 1, co. 195 l. 11 dicembre 2016, n. 232), i medici in formazione specialistica possono beneficiare all'atto della maturazione dei requisiti per il diritto autonomo al trattamento pensionistico presso una delle gestioni di cui all'art. 1, co. 239, l. n. 228/2012<sup>611</sup> del cumulo dei periodi di contribuzione presso la Gestione separata dell'Inps a condizione che non risultino già titolari di pensione diretta a carico di una delle predette gestioni. L'istituto, essenzialmente gratuito, consente in altri termini ai medici con versamenti pregressi alla Gestione Separata di utilizzare i contributi versati presso l'Inps per accedere alla pensione di vecchiaia o anticipata senza che venga modificato il metodo di calcolo del trattamento pensionistico da parte degli enti previdenziali coinvolti e senza che vengano traslati i contributi fra le diverse gestioni, non diversamente da quanto accade per la totalizzazione, ma con il vantaggio di

<sup>609</sup> Secondo la definizione di Corte Cost. 5 marzo 1999, n. 61, in *GI*, 1999, 12, che ha riconosciuto il generale diritto alla totalizzazione dei periodi assicurativi quale imprescindibile meccanismo di attuazione della garanzia costituzionale del diritto alla pensione sancito dall'art. 38, comma 2, Cost. e ha trovato concretizzazione nel 2006 (d.lgs. n. 46/2006).

<sup>610</sup> Cfr. Corte Cost. 26 giugno 2000, n. 244, in *GC*, 2000, 1840; Corte Cost. 16 maggio 2002, n. 198, *ivi*, 2002, 1584; Corte Cost. 30 ottobre 2003, n. 325, *ivi*, 2003, 5; Corte Cost. 20 gennaio 2012, n. 8, *ivi*, 2012, 65.

<sup>611</sup> O, più precisamente, laddove «il soggetto interessato abbia i requisiti anagrafici previsti dal comma 6 dell'articolo 24 del decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214 e il requisito contributivo di cui al comma 7 del medesimo articolo 24, ovvero, indipendentemente dal possesso dei requisiti anagrafici, abbia maturato l'anzianità contributiva prevista dal comma 10 del medesimo articolo 24», adeguata agli incrementi della speranza di vita (art. 1, co. 239, l. 24 dicembre 2012, n. 228, mod. dall'art. 1, co. 195, l. 11 dicembre 2016, n. 232). Ai sensi del medesimo articolo, il cumulo opera anche per la liquidazione dei trattamenti per inabilità e ai superstiti di assicurato deceduto.

poter beneficiare di un maggiore trattamento pensionistico, che infatti viene determinato sulla base delle regole di calcolo previste da ciascuna gestione in funzione della contribuzione o della retribuzione di riferimento (co. 245-246).

Il trasferimento di contribuzione avviene, invece, nella ricongiunzione, prevista in via generale per i lavoratori dipendenti e per gli autonomi iscritti all'Inps dalla l. 7 febbraio 1979, n. 29, e, per i liberi professionisti, dalla l. 5 marzo 1990, n. 45, a seconda delle scelte che verrà a compiere il medico nel corso del suo percorso professionale. Il meccanismo comporta la creazione di una nuova posizione previdenziale derivante dall'unificazione dei periodi di contribuzione presenti fra diversi enti previdenziali, con conseguente variazione, all'esito, dei metodi di calcolo del trattamento pensionistico finale, più favorevoli rispetto al metodo contributivo che verrebbe invece applicato in caso di totalizzazione.

C'è comunque da dire che, almeno inizialmente, l'Inps negava il riconoscimento della facoltà di ricongiungere i contributi versati nella Gestione separata nella gestione in cui l'interessato risultava iscritto in qualità di libero professionista o dipendente, laddove il trattamento pensionistico del richiedente dovesse essere calcolato secondo il solo sistema contributivo, dovendo invece operare i diversi istituti del cumulo e della totalizzazione, previsti proprio in favore dei soggetti cui si applichi integralmente il metodo contributivo (cfr. artt. 1, co. 39, l. 8 agosto 1995, n. 335; art. 1, d.lgs. 30 aprile 1997, n. 184). La tesi trovava il proprio fondamento nella pretesa disomogeneità del metodo di calcolo tra gestione di provenienza e gestione di destinazione e un presunto addentellato nello stesso art. 1, co. 1, l. n. 45/1990, che, secondo l'Inps, avrebbe ammesso la ricongiunzione solo in entrata nelle gestioni Inps della contribuzione accreditata presso le casse per i liberi professionisti.

L'argomentazione proposta, tuttavia, appare fondata su basi fragili, scontrandosi con la formulazione letterale dell'art. 1, co. 2, l. n. 45/1990, il quale riconosce chiaramente la facoltà per il professionista di ricongiungere i contributi nella gestione in cui l'interessato risulta iscritto in qualità di libero professionista al momento della pensione senza limitazioni e indipendentemente dalla omogeneità o meno delle contribuzioni versate nelle rispettive gestioni, quella di provenienza e quella di destinazione. Ed è infatti proprio attraverso tale leva che la tesi dell'Inps è stata respinta dalla giurisprudenza<sup>612</sup>, la quale – non senza un richiamo a un precedente della Corte Costituzionale non del tutto conferente<sup>613</sup> – riconosce nel citato co. 2 i principi di libertà e bidirezionalità della ricongiunzione.

L'unico vero ostacolo alla ricongiunzione dei periodi assicurativi è dunque un altro, di carattere economico, e consiste nello svantaggio che l'operazione si presenta così onerosa da renderla scarsamente conveniente, atteso che è subordinata al versamento di un importo pari, per i liberi professionisti, alla riserva matematica corrispondente ai contributi ricongiunti (art. 2, l. n. 45/1990) e, per i lavoratori dipendenti e per gli autonomi iscritti all'Inps, al cinquanta per cento della somma risultante dalla differenza tra la riserva matematica necessaria per la copertura assicurativa relativa al periodo utile considerato e le somme versate dalla gestione.

<sup>612</sup> Cass. 15 ottobre 2019, n. 26039, in *LG*, 2020, 135.

<sup>613</sup> Il richiamo è invero alla pronuncia Corte Cost., n. 61/2001, cit., che nel riconoscere il generale diritto alla totalizzazione dei periodi assicurativi non ha invece fornito alcuna interpretazione dell'art. 1, co. 2, l. n. 45/1990, che rifletta l'assenza di limiti alla facoltà di avvalersi dell'istituto della ricongiunzione.

Transitando dal piano previdenziale a quello fiscale, la remunerazione corrisposta ai m.s. è esente dall'imposta locale sui redditi e da quella sul reddito delle persone fisiche, ai sensi dell'art. 4, l. 13 agosto 1984, n. 476, richiamato dall'art. 41, d.lgs. 368/1999.

In considerazione del fatto che il m.s., nell'esercizio della sua attività, può arrecare, per errore, danni ai pazienti e dei conseguenti pregiudizi di carattere economico, di immagine e organizzativi che potrebbero derivare da eventuali comportamenti negligenti, imprudenti o privi dell'adeguata perizia tanto sul piano personale (<sup>614</sup>), l'art. 41 d.lgs. n. 368/1999 stabilisce poi l'obbligo per l'azienda sanitaria presso la quale il medico in formazione specialistica svolge l'attività formativa di provvedere, con oneri a proprio carico, alla copertura assicurativa per i rischi professionali e la responsabilità civile verso terzi derivanti da attività assistenziali svolte nell'ambito del programma formativo. L'estensione della garanzia assicurativa viene rimessa alle singole strutture ospedaliere, con il solo limite di non poter essere dissimile da quella garantita al personale strutturato. Solitamente l'assicurazione professionale copre tutte le attività assistenziali svolte presso le strutture dell'azienda ospedaliera, nonché quelle svolte in strutture esterne ove il m.s. è chiamato a prestare il proprio servizio dall'ente ospedaliero.

Il contesto ambientale al cui interno si colloca l'attività di concreta formazione del m.s. è peraltro considerato dalla legge come elemento caratterizzante dell'imposizione dell'obbligo di assicurare lo specializzando non solo sotto il profilo attivo, per i rischi causati, ma anche sotto il profilo passivo, ovvero per i danni subiti. Ed infatti, per quanto concerne la tutela assicurativa contro il rischio di infortuni, l'art. 41 d.lgs. n. 368/1999 è esplicito nel prevedere l'obbligatorietà dell'assicurazione Inail in favore dei m.s. e – nonostante l'apparente anomalia della situazione, derivante dalla circostanza che le aziende ospedaliere non hanno alcun rapporto diretto con i m.s., ma li ospitano attraverso apposite convenzioni – nell'individuare il destinatario nella struttura ove lo specializzando compie attività assistenziale e non nell'Università, che, invece, eroga il trattamento economico e versa i contributi alla Gestione separata dell'Inps. Viene dunque introdotta una forma di tutela non dissimile da quella prevista, più che per i lavoratori subordinati, per gli allievi dei corsi, anche aziendali, di istruzione professionale o per gli alunni delle scuole o di istituti di istruzione di qualsiasi ordine e grado, anche privati, che attendano a esperienze tecnico-scientifiche o a esercitazioni pratiche, oppure che svolgano esercitazioni di lavoro ex art. 4, co. 5, d.p.r. 30 giugno 1965, n. 1124 (T.U. infortuni sul lavoro e malattie professionali), laddove svolgano le relative attività rischiose (art. 1, n. 28, T.U.) (<sup>615</sup>).

Poiché inoltre, ai sensi dell'art. 37 d.lgs. n. 368/1999, il corso di specializzazione si articola in attività didattiche formali e in attività assistenziali funzionali alla progressiva acquisizione delle competenze professionali inerenti al titolo di specialista e, dunque, la formazione teorica è strutturalmente integrata con una concreta esperienza di lavoro comprendente la partecipazione alle attività mediche presso la struttura sanitaria cui il medico è assegnato – attività che consentono allo

<sup>614</sup> I quali, peraltro, rispondono anche per danno erariale laddove, in violazione degli obblighi di servizio, e dunque con colpa grave, ancorché siano tenuti ad assistere i m.s. nelle attività, deleghino integralmente a questi l'esecuzione del trattamento, senza che peraltro sia ritenuto rilevante che il danno occorso ai pazienti rappresenti un evento ineluttabile anche in caso di presenza del *tutor* (C. Conti 9 marzo 2016, n. 58, in *RDF*, 2016, 931).

<sup>615</sup> Cass. 13 gennaio 2021, n. 443, in *Dejure*.

specializzando di essere ammesso a sostenere la prova finale – i rischi specifici assicurati coinvolgono tanto l'uso di videoterminali o di altre apparecchiature elettriche derivanti dallo svolgimento di attività didattica, quanto la stessa attività clinica e assistenziale <sup>(616)</sup>. In ogni caso, gli standard di tutela assicurati ai m.s. non sono inferiori a quelli assicurati al personale strutturato e, dunque, ricomprendono anche l'infortunio *in itinere*.

---

<sup>616</sup> Inail, circolare 26 luglio 2007.