

## PARERE PRO VERITATAE

# ASSISTENZA PARTO AL DI FUORI DELL'ORARIO DI LAVORO

A seguito di numerose richieste pervenuteci da parte di Ostetriche/i dipendenti di strutture pubbliche, circa la possibilità di poter assistere al di fuori dell'orario di servizio, presso la struttura ove dipendenti, il travaglio ed il parto di donne amiche, parenti o conoscenti, al fine di attuare un'assistenza personalizzata; il Consiglio Direttivo essendoci in alcuni Punti Nascita della provincia di Torino, permessi elaborati dalle Pubbliche Amministrazioni ha deciso di sottoporli al parere autorevole del proprio legale Avvocata D. V. Gamba.

Pertanto ora, sottopone alle SV il parere *PRO VERITATAE* steso:

Al di là delle stimabili finalità dichiarate (continuità assistenziale, personalizzazione delle cure, etc.) nell'istituire il modello organizzativo in esame, la procedura in oggetto, sotto un profilo strettamente giuridico e deontologico, non è totalmente esente da criticità.

Per una stima corretta della tenuta legale del *modus operandi* oggetto di parere, occorre verificare se è stato centrato il giusto punto di equilibrio tra interessi pubblici ed individuali, anche alla luce della compresenza di fonti normative di diverso ambito e natura.

La questione pertanto, va esaminata sotto varie prospettive di Diritto:

- PENALE
- AMMINISTRATIVO
- GIUSLAVORISTICO
- DEONTOLOGICO

### I) DIRITTO PENALE

Il problema potrebbe nascere solamente nel caso in cui risultasse violato il "patto di gratuità" del contratto di assistenza che in ospedale viene sottoscritto tra la donna e l'ostetrica.

Infatti in questo caso il professionista difficilmente potrebbe salvarsi da un'incriminazione per *peculato* (art. 314 Codice Penale), dato l'utilizzo improprio di strumenti/presidi pubblici per bisogni privati, nonché per *abuso in atti d'ufficio* (art. 323 Codice Penale) qualora risultasse disobbedire al divieto di percepire compenso dalle donne, utilizzando così impropriamente risorse della struttura pubblica e approfittando dello stato di bisogno delle donne stesse.

Per ultimo, anche se non di minor importanza, potrebbe esserci l'ipotesi di truffa ai danni della Pubblica Amministrazione (art. 640 Codice Penale), per la falsità della dichiarazione di esclusività sottoscritta dal pubblico dipendente, a fronte dello stipendio pieno percepito. Infatti, come è noto, solo al dipendente di una Pubblica Amministrazione con un contratto part-time uguale od inferiore al 50%, è consentito svolgere anche l'attività libero professionale. Questo perché la spesa esterna di risorse professionali è compensata da una retribuzione fortemente ridotta.

Va però detto che tale ultimo rischio penale, viene però, se non completamente escluso, certamente fortemente attenuato dalla prova di assoluta gratuità delle prestazioni aggiuntive in oggetto.

## II) DIRITTO AMMINISTRATIVO

Rileva la disciplina del dovere di esclusività del pubblico impiego.

Tale principio costituisce un antico dogma giuridico, secondo cui vi è un'importante differenza di status tra chi lavora al servizio della Pubblica Amministrazione e quello di un qualsiasi altro lavoratore dipendente.

Il concetto è espresso sin dal primo Testo Unico degli impiegati civili dello Stato del 10/01/1957 n. 3, secondo cui il pubblico dipendente lavora all'essenziale scopo di perseguire gli interessi generali della Pubblica Amministrazione.

Tale principio è stato ribadito di recente anche nel nuovo testo Unico di cui al D.Lgs n. 165/2001 "*Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*", che all'art. 53, tra l'altro, dispone: *I dipendenti pubblici non possono svolgere incarichi retribuiti che non siano stati conferiti o previamente autorizzati dall'amministrazione di appartenenza. ...omissis... Gli incarichi retribuiti, sono tutti gli incarichi, anche occasionali, non compresi nei compiti e doveri di ufficio, per i quali è previsto, sotto qualsiasi forma, un compenso.*

Nel lavoro a tempo pieno ( a differenza che nel part-time 50%) il dovere di esclusiva è sancito anche in altre importanti norme, come nella L. 412 del 1991 (*Disposizioni in materia di finanza pubblica*), che all'art. 4, comma 7, dispone: "*Con il Servizio Sanitario Nazionale può intercorrere un unico rapporto di lavoro. Tale rapporto è incompatibile con ogni altro rapporto di lavoro dipendente, pubblico o privato, e con altri rapporti anche di natura convenzionale con il Servizio Sanitario Nazionale. Il rapporto di lavoro con il Servizio Sanitario Nazionale è altresì incompatibile con l'esercizio di altre attività o con la titolarità o con la compartecipazione delle quote di imprese che possono configurare conflitto di interessi con lo stesso*".

Nelle varie fonti citate, viene quindi ripreso il concetto del rapporto simbiotico che lega il lavoratore ad un unico datore di lavoro: cumulare introiti potrebbe far perdere di vista lo spirito di servizio, la vocazione al bene comune potrebbe venir meno ed essere offuscata dall'individuale tornaconto economico .

Tale simbiosi dipendente/PA giustifica il divieto esplicito posto al dipendente stesso di porsi in situazione di *conflitto di interessi* con l'azienda di appartenenza, sulla falsariga di quanto previsto all'art. 2105 Codice Civile per l'impiego privato. In effetti, il citato art. 2105, che prevede l' *obbligo di fedeltà* all'azienda, risulta applicabile anche nel pubblico impiego.

Allora, una seconda attività non meramente sporadica del dipendente a tempo pieno è nel tempo pieno sempre e comunque vietata, anche se gratuita, in quanto ciò che conta è la pubblica fedeltà e dedizione, proprio nel senso di "non sciuparsi" ( ci si sciupa anche lavorando *a gratis!*, n.d.r.).

Ma su quanto sopra le aziende pubbliche fanno spesso molta confusione tra lavoro a tempo pieno e part-time, considerando qualsiasi attività esterna all'Ente *di per sé* infedele anche nel part-time 50%.

Infatti, l'art. 2105 c.c., applicabile nei principi anche al tempo parziale, parla solo di attività concorrenziale e violazione del segreto aziendale, e non di altro: quindi, non ogni lavoro esterno del partimer al 50% è infedele ed in conflitto di interessi, ma solo quello che comporta uno storno sleale di clienti dall'ASL/ASO o l'utilizzo esterno di dati aziendali e procedure segrete acquisite in ospedale (ammesso che ve ne siano!) . Tutto il resto è lecito.

Il paradosso è che proprio quel timore - insito nel dovere di esclusività del “tempopienista” - che il dipendente della Pubblica Amministrazione possa approfittare del prestigio del proprio ruolo di incaricato di pubblico servizio per trarre benefici di immagine e conseguentemente economici, viene completamente rimosso nella disciplina del part-time al 50% (Legge 23/12/1996 n. 662 art. 1 comma 56 ss.), ove la spendita dello status di pubblico impiegato (residuo 50%) costituisce diffusa e legittimissima autopromozione commerciale. In altre parole, tutto ciò che non è valido per il pubblico dipendente sanitario (del comparto) in regime di tempo pieno, diventa la regola nel part-time 50%..

Quanto sopra considerato, la estensione analogica della magnanimità adottata dal legislatore verso il part-timer in fatto di attività professionale extra lavorativa, potrebbe forse, se non giustificare, quantomeno tollerare la procedura anomala di cui si tratta nel presente parere, ove le dipendenti coinvolte pare siano tutte a tempo pieno.

Pertanto, applicando quanto sopra, si può dire che ci troviamo di fronte ad una Amministrazione che regola certo in spregio alla normativa dello Stato (per sua natura non derogabile dalla contrattazione collettiva e tantomeno da un atto organizzativo unilaterale della Pubblica Amministrazione), ma indubbiamente lo fa, come si suol dire, “a fin di bene”.

### III) DIRITTO GIUSLAVORISTICO

Purtroppo non danno sicurezza giuridica le dichiarazioni sottoscritte dall’Ostetrica/o, di rinuncia alla remunerazione per le ore dedicate all’assistenza (come risultanti dalla timbratura con il badge), per scongiurare vertenze davanti al Giudice del Lavoro eventualmente promosse dai lavoratori interessati contro l’ASL/ASO, onde ottenere il legittimo corrispettivo dell’attività da loro svolta per esclusivo interesse dell’azienda datrice di lavoro e per un “prodotto” sanitario dalla stessa azienda “firmato” (art. 2113 Codice Civile).

### IV) PROFILO DEONTOLOGICO

La dottrina deontologica considera il prezzo della prestazione professionale come principale strumento e garanzia sia della qualità della prestazione, sia del prestigio della categoria professionale. Il sistema dei minimi tariffari ed il conforto dell’art. 2233 Codice Civile, non lasciano dubbi sulla fondatezza di tale anelito delle categorie professionali intellettuali e, in effetti, le sanzioni disciplinari ordinistiche (censura, sospensione, radiazione dall’Albo) disposte per tali ragioni (svendita o regalia di prestazioni professionali) sono le più diffuse in tutte le professioni.

Esiste poi un secondo profilo di responsabilità deontologica, che potrebbe derivare dai comportamenti in oggetto e che riposa nello spirito di solidarietà professionale, di pari opportunità e di lealtà nella concorrenza.

In base a tali imperativi professionali, potrebbe configurarsi come sleale concorrenza l’elargizione di prestazioni anche gratuite in regime libero professionale a donne conosciute all’interno dell’Azienda, in quanto possibile strumento di accaparramento o di sviamento della clientela. Ciò anche in ragione del rapporto fiduciario personale facilitato che si viene inevitabilmente a creare con la donna.

È inutile rimarcare poi che se per ipotesi, le prestazioni in oggetto di parere si tingessero di lucro, le problematiche fin ora esposte verrebbero estremamente amplificate anche sul versante deontologico.

*Prof. Avv. Dario Vladimiro Gamba*

PATROCINANTE IN CASSAZIONE  
DOCENTE DI ISTITUZIONI DIRITTO PUBBLICO E DIRITTO DEL LAVORO  
UNIVERSITÀ CATTOLICA, FACOLTÀ “A. GEMELLI”

