

Introduzione – principi costituzionali

Dal punto di vista metodologico, al fine di affrontare la tematica della terzietà del medico fiscale, appare essenziale specificare i concetti che la caratterizzano. *In primis*, si ritiene doveroso chiarire il significato stesso di terzietà, per poi applicarlo all'ambito sanitario, nella fattispecie quello, appunto, fiscale. Quest'ultimo sarà il passaggio che richiederà maggiore attenzione, nonché un certo grado di soggettività nella sua elaborazione, essendo quella della terzietà una nozione dal carattere tradizionalmente giudiziario, che tuttavia, nell'ambito esaminato, assumerà una connotazione diversa e, inevitabilmente, sensibile al dibattito di stretta attualità sulle vicissitudini normative e sociali che la coinvolgono.

Partendo dai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano, troviamo nominato il concetto di terzietà nella sua fonte prima, **la Carta Costituzionale, nell'art. 111, comma secondo**, così come modificato dalla fondamentale Legge Costituzionale n. 2 del 1999. In questa norma viene stabilito un principio apparentemente scontato, ma in realtà di basilare importanza sul piano delle ripercussioni legislative e procedurali (in particolare, nel rapporto tra accusa e difesa nel processo moderno): *“ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti in condizioni di parità, davanti a giudice terzo ed imparziale”*.

A conferma di quanto premesso, appare lampante come i costituenti abbiano voluto dare a questa nozione una valenza tipicamente giudiziale. Il termine non viene infatti utilizzato nell'**art. 97** (che in questa sede maggiormente ci interesserà) relativo alla Pubblica Amministrazione, il quale, al secondo comma, recita: *“i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione”*. Questo perché tra “imparzialità” e “terzietà”, che nella maggior parte dei casi possono essere visti come sinonimi, vi è una sottilissima, sfumata differenza, che tuttavia riguarda prevalentemente il settore giudiziario. In estrema sintesi, infatti, la dottrina identifica nell'imparzialità l'indipendenza che caratterizza il convincimento del giudice rispetto a qualsiasi influenza esterna, nella terzietà, invece, l'equidistanza processuale e istituzionale rispetto alle parti in causa.

Nel settore amministrativo, tuttavia, questa fine distinzione (giustificata dalla proverbiale specificità che caratterizza la materia processuale, in particolare quella penalistica) può essere superata, mediante la parziale sovrapposizione dei due termini, dato il carattere esecutivo e non decisorio dell'attività pubblica, purché vengano circoscritti i caratteri della funzione del medico fiscale e la loro specifica collocazione nell'ambito dell'Ordinamento. A tal fine, occorrerà definire quale sia il ruolo di questo professionista, e che tipo di qualifica oggettiva vada assegnata al suo ufficio.

Naturalmente, per concludere la disamina dei principi costituzionali rilevanti in merito al tema affrontato, non si può trascurare la considerazione dell'**art. 32 Cost.**, che definisce il diritto alla salute come individuale e collettivo, e l'**art. 38, commi 2 e 4**, i quali recitano, rispettivamente: *“I lavoratori hanno diritto che siano preveduti ed assicurati i mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria”* e *“Ai compiti previsti in questo articolo provvedono organi ed istituti predisposti o integrati dallo Stato.”*

Imparzialità amministrativa, diritto alla salute e diritto del lavoro (nella sua declinazione specificamente previdenziale) sono, quindi, i tre pilastri costituzionali da cui muove la figura del medico fiscale. Pilastri che costituiscono una base delicata e polimorfa, dal carattere individuale ma anche socio-economico, e che coinvolgono tanto la collettività quanto le istituzioni, oltre al singolo cittadino.

Ciò chiarito, appare utile provvedere ad una sintetica disamina storica della medicina fiscale e i riferimenti normativi che la prevedono. Da qui si proverà a capire quale sia il fine ultimo della sua funzione nelle intenzioni del legislatore e il suo rapporto con gli estremi “datore di lavoro - lavoratore - INPS”, per poi trarre le conclusioni essenziali sull'argomento esaminato.

Breve excursus storico – collocazione della visita fiscale nell'ambito delle tutele dei lavoratori e del diritto alla salute del cittadino

Tralasciando le più risalenti forme di assicurazione volontaria o obbligatoria e le relative procedure di accertamento sanitario (stabilite già in epoca precedente l'istituzione di un ente nazionale per la Previdenza Sociale), prima ancora dell'assetto costituzionale dei principi sopra accennati il sistema legislativo italiano aveva previsto, in via generale, un sistema di controllo sulla malattia del lavoratore dipendente. Ciò avveniva mediante l'**art 2110 del Codice Civile** il quale, tuttora, afferma: *“In caso d'infortunio, di malattia, di gravidanza o di puerperio, se la legge o le norme corporative non stabiliscono forme equivalenti di previdenza o di assistenza, è dovuta al prestatore di lavoro la retribuzione o una indennità nella misura e per il tempo determinati dalle leggi speciali, dalle norme corporative, dagli usi o secondo equità”*.

Ma è con l'**art. 5 della Legge 300/70** (Statuto dei lavoratori) che quest'istituto viene sottratto a qualsiasi appannaggio “privato” o esclusivamente datoriale, imponendo tale norma che i controlli possano essere espletati soltanto da soggetti di natura pubblica, attraverso i servizi ispettivi dei competenti istituti previdenziali. Tale passaggio è di immensa rilevanza per quanto concerne l'argomento principale che si sta affrontando, in quanto colloca direttamente l'istituto in una prospettiva di tutela, determinandone l'indipendenza rispetto ad uno degli estremi con cui la terzietà fiscale viene a confrontarsi: quello rappresentato dal datore di lavoro.

Il rapporto tra lo strumento della visita fiscale e il diritto generale alla salute dei

cittadini, seppure in veste specifica di lavoratori, verrà poi sancito dalla **Legge Istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale (L. 833/78)**. Ad essa seguirà un provvedimento fondamentale sul tema, il **Decreto Legge 468/83**, convertito nella **Legge 638/83**. Qui verranno menzionati e disciplinati (per la prima volta in via sistematica) i controlli sullo stato di salute dei lavoratori assenti per malattia. In particolare, verranno stabiliti l'obbligo di reperibilità di questi ultimi e le relative "fasce orarie", regolate poi nel dettaglio da successivi Decreti Ministeriali.

Rilevante, a tal proposito, risulta la perdita del trattamento economico per malattia in caso di inottemperanza al detto obbligo senza giustificato motivo (art. 5, co. 14 del Decreto Legge). In questo caso, la tutela lavoristica cede il passo alle esigenze pubbliche e alle corrispondenti necessità ispettive, costituendo l'onere della reperibilità del lavoratore "*estrinsecazione della doverosa cooperazione che egli deve prestare affinché siano realizzate le condizioni richieste per l'erogazione del trattamento di malattia...*" che "*...non contrasta con la natura pubblicistica del rapporto assicurativo.*" (Corte Cost. Sent. 78/88). Ma c'è da segnalare che, secondo alcune sentenze della Corte di Cassazione Civile Sez. Lavoro, (in particolare, la n. 3226 dell'11.02.2008 e la n. 2003 del 13.02.2012, *pluriscadam.utetgiuridica.it*), tale violazione costituirebbe addirittura un'infrazione degli obblighi di diligenza verso il datore, su cui potrebbe fondarsi una giustificata misura di licenziamento. Pertanto, secondo tale indirizzo (ancorché non uniforme, data l'*extrema ratio* che dovrebbe, o avrebbe dovuto, giustificare una forma così pesante di sanzione, come precisato in altre sentenze), la tutela verrebbe addirittura "riequilibrata" non solo a favore delle prerogative pubblicistiche-previdenziali dello Stato, ma anche di quelle, privatistiche, del datore di lavoro.

Per completezza, pare opportuno illustrare anche i principali decreti ministeriali che si occupano della materia nel dettaglio: in particolare, i **DM 25.02.1984 e 8.01.1985**, i quali stabilivano le prime "convenzioni-tipo" tra INPS e ASL sull'effettuazione delle visite di controllo e le fasce di reperibilità obbligatoria dei lavoratori; il **Decreto del Ministero del Lavoro del 15.07.1986**, sull'istituzione delle liste dei medici fiscali presso l'INPS (poi trasformate in "liste speciali ad esaurimento" dal **comma 10-bis dell'art.4 del DL 101 del 2013** e dalla successiva **Legge 147 del 2013**) e sulle modalità di svolgimento della visita e di redazione del referto. Inoltre, il **DM 18.04.1996**, che prevede i criteri di formazione delle liste, delle prescrizioni di incompatibilità (molto discusse tra i medici di categoria, soprattutto alla luce delle recenti riduzioni dei carichi di lavoro) e la formazione di commissioni miste, di competenza provinciale, per la gestione e il controllo dell'attività fiscale. In tema di terzietà, possiamo di già rilevare l'aspetto peculiare di questi ultimi organismi di gestione e controllo che, nel **DM 12.10.2000**, si prevedono composti dal direttore della sede provinciale dell'INPS e da un dirigente medico-legale dell'Istituto responsabile del collegio medico-legale; per la "componente medica", da un rappresentante dei medici fiscali. Con il **DM del 28.05.2001** si è aggiunta la presenza, in questi organismi, di un medico designato dall'Ordine. Infine, si menzionano il già citato **DM 12.10.2000** e il **DM 8.05.2008** sul carico di lavoro, ove il primo, in particolare, prevede, all'art. 7, un numero minimo di dodici visite settimanali in caso

di oscillazione, fino alla possibile revoca o sospensione dell'incarico.

Il medico fiscale come pubblico ufficiale – funzione amministrativa

Analizzata la posizione del medico fiscale nell'ambito della tutela del diritto del lavoro e della salute, è possibile ora affrontare il versante che centra il cuore del tema trattato: la sua funzione amministrativa e il suo conseguente ruolo di pubblico ufficiale.

A tal proposito, si ritiene appropriato coinvolgere la disciplina penalistica sulla materia. In quest'ambito, infatti, si è da tempo consolidata una concezione “oggettiva” della figura del pubblico ufficiale e dell'incaricato di pubblico servizio, basata cioè sulla natura della funzione esercitata, più che sull'inquadramento amministrativo o burocratico del soggetto agente.

L'art. 357 del Codice Penale, infatti, inserito nel Capo I del Titolo II del Libro II del medesimo Codice (*“Delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione”*), come modificato dalla L. 86/90 e dalla L. 181/92, definisce così il pubblico ufficiale: *“Agli effetti della legge penale, sono pubblici ufficiali coloro i quali esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa. Agli stessi effetti è pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi”*.

L'attuale dettato normativo e la conseguente interpretazione uniforme della giurisprudenza tende quindi ad identificare tale funzione nella natura dell'attività in cui viene a concretarsi e nella disciplina pubblicistica che la regola, indipendentemente dalla forma giuridica dell'ente cui il pubblico ufficiale appartiene, o dal ruolo di quest'ultimo al suo interno. In poche parole, non sarà necessario, in quest'ottica, essere dei pubblici impiegati o dei dipendenti della Pubblica Amministrazione per venire considerati pubblici ufficiali, ma occorrerà guardare il tipo di attività esercitata, i poteri attribuiti (certificativi o autoritativi) e la natura della normativa cui occorre fare riferimento.

E' utile specificare che il Codice Penale prevede altre due figure passibili di responsabilità in caso di illecito esercizio delle loro funzioni pubbliche: l'incaricato di pubblico servizio e l'esercente un servizio di pubblica necessità.

La prima è prevista dall'**art. 358 c.p.** (*“ Agli effetti della legge penale, sono incaricati di un pubblico servizio coloro i quali, a qualunque titolo, prestano un pubblico servizio... Per pubblico servizio deve intendersi un'attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, ma caratterizzata dalla mancanza dei poteri tipici di quest'ultima, e con esclusione dello svolgimento di semplici mansioni d'ordine e della prestazione d'opera meramente materiale.”*). La seconda è stabilita dall'**art. 359** (*...i privati che esercitano professioni forensi o sanitarie, o altre professioni il cui*

esercizio sia per legge vietato senza una speciale abilitazione dello Stato, quando all'opera di essi il pubblico sia per legge obbligato a valersi... nonché... i privati che, non esercitando una pubblica funzione, né prestando un pubblico servizio, adempiono un servizio dichiarato di pubblica necessità mediante un atto della pubblica Amministrazione”).

Tuttavia, in questa sede tali nozioni coinvolgono marginalmente la figura professionale esaminata, la prima per via dei caratteri indubabilmente e tipicamente certificativi della principale funzione del medico fiscale (la redazione e la sottoscrizione del referto medico), la seconda perché interessa i liberi professionisti nella loro attività privatistica (tant'è vero che il falso, materiale o ideologico, in una scrittura o un certificato provenienti da un esercente un servizio di pubblica necessità riceve tutt'altra disciplina e sanzione, in generale meno grave, rispetto al falso in atti pubblici, certificati e autorizzazioni amministrative commessi dai pubblici ufficiali).

Del resto, la Corte di Cassazione (questa volta in sede Civile), ha più volte ribadito come *“il certificato redatto da un medico convenzionato con l'INPS per il controllo della malattia del lavoratore, ai sensi dell'art.5 della legge n.300 del 1970, è atto pubblico che fa fede fino a querela di falso, della provenienza del documento dal pubblico ufficiale che l'ha formato nonché dei fatti che il pubblico ufficiale medesimo attesta aver compiuto o essere avvenuti in sua presenza.”* (in tal senso, Cass. Civ. 22.05.1999, n. 5000, Cass. Civ. 11.05.2000, n. 6045, statuizione confermata anche da Cass. Civ., Sez. Lavoro, 10.07.2007, n. 15372, *pluriscedam.utetgiuridica.it*). C'è da precisare che tale fede privilegiata fino a querela di falso riguarda, secondo tale indirizzo, l'attestazione di fatti inequivocabilmente avvenuti davanti al medico e da lui rilevati (come l'assenza del lavoratore o dei nomi sui campanelli dell'abitazione) e non si estenderebbe agli apprezzamenti valutativi sullo stato di malattia.

Tuttavia, quantomeno nell'attività di redazione del referto, la qualifica di pubblico ufficiale e le sue caratteristiche certificative viene sancita e ribadita, senza mai essere messa in discussione. Tale qualifica, secondo la Suprema Corte, deriva infatti dall'intenzione dello Statuto dei Lavoratori di evitare la commistione tra gli interessi del datore di lavoro e la funzione medica di controllo (da qui si ricava il legame già rimarcato tra terzietà e tutela lavoristica), motivo per cui il medico fiscale deve ricevere la propria retribuzione da un soggetto terzo rispetto alle parti contrattuali, e incorre nel reato di corruzione nel caso in cui percepisca donativi della ditta privata per l'esercizio dei suoi compiti (in tal senso, Cass., sez. VI, 25.05.1983, La Rosa, e Cass. Pen. 1984, 2397, con nota di M. Giarrusso).

Considerando come la qualifica giuridica di pubblico ufficiale sia intimamente legata al già citato principio costituzionale dell'imparzialità della Pubblica Amministrazione (bene giuridico su cui si basa tutta la tutela penalistica ivi illustrata), si può a questo punto sottolineare come la funzione amministrativa del medico fiscale sia quella che maggiormente avvicina alle considerazioni finali sul tema specifico della terzietà, e sulle sue implicazioni giuridiche e sociali.

Terzietà - profili problematici - conclusioni

Nelle precedenti analisi, si è chiarito come il ruolo del medico fiscale sia posto a garanzia della tutela dei lavoratori (non è un caso che la prima statuizione sulla terzietà di tale soggetto derivi dalla principale Legge sui loro diritti), del diritto alla salute del cittadino e della imparzialità della Pubblica Amministrazione nell'esercizio delle sue funzioni. Si è cercato di illustrare quali siano gli istituti, le fonti giuridiche e le statuizioni che confermano tale posizione.

Date le premesse, risulta ora piuttosto evidente che tutte queste delicate caratteristiche richiedano una posizione di necessaria indipendenza del medico fiscale rispetto agli altri soggetti con cui interagisce nell'esercizio dei suoi compiti, benché tale necessità, pur imprescindibile, vada necessariamente graduata a seconda del bilanciamento degli interessi in gioco e dalle caratteristiche delle singole attività compiute.

Il fatto che la legge 638/83 abbia previsto che l'INPS istituisca le liste dei medici, ma non decida in via esclusiva sull'entità del trattamento economico e sugli schemi di convenzione in merito al rapporto lavorativo, segna un altro punto importante a tutela dell'indipendenza del professionista, stavolta non rispetto alle parti del rapporto di lavoro subordinato, ma proprio rispetto all'Ente Previdenziale che si avvale della sua collaborazione.

Le stesse prescrizioni di incompatibilità, molto rigide e fortemente impeditive, stabilite nei Decreti Ministeriali, non possono logicamente derivare da un obbligo di "fedeltà" dei professionisti rispetto all'Ente medesimo (verso cui sono per lo più vincolati da contratti di lavoro autonomo), ma trovano altresì la loro *ratio* nell'imparzialità oggettiva della funzione medica fiscale. Imparzialità, peraltro, che in altri ambiti relativi alla Pubblica Amministrazione è stata sempre garantita dallo Stato per mezzo di una retribuzione adeguata, in modo da non esporre il pubblico ufficiale alle tentazioni, potenzialmente deleterie, della necessità materiale¹.

Tuttavia, non si può non considerare, in concreto, come i rapporti "contrattuali" tra il medico fiscale (ora in veste, a sua volta, di lavoratore) e la sua "controparte" INPS risentano di un fisiologico ed imprescindibile squilibrio, sia in termini di naturale consistenza economica ed istituzionale, sia sul piano della rappresentanza. Rispetto a quest'ultimo punto, si pensi alla composizione delle commissioni miste su base provinciale le quali, stando alla lettera della normativa, dovrebbero essere i veri organismi deputati al controllo nello svolgimento del rapporto. Come anticipato, al

¹ Precauzione, questa, che tutt'oggi non sembra essere stata applicata coerentemente ai medici fiscali, data la recente, drastica riduzione del carico di lavoro in supposto ossequio ad esigenze di "*spending review*". La quale riduzione, associata alle minori entrate (i medici sono pagati "a visita"), alle conseguenti ore di reperibilità gratuita, e alle vincolanti incompatibilità che impediscono loro forme di attività aggiuntiva remunerata, ha in molti casi determinato un'allarmante sproporzione tra l'aspetto retributivo del loro lavoro e le responsabilità che esso comporta. Oltre al rischio, potenzialmente più esteso, dell'aumento del fenomeno dell'"assenteismo" sui luoghi di lavoro, fortemente discusso negli ultimi anni, ma prevedibilmente incrementabile dalla riduzione quantitativa dei controlli disposti d'ufficio.

loro interno la rappresentanza della componente “medica” rispetto a quella dell'INPS è stata minoritaria fino al 2001, quando si è stabilita l'introduzione di un componente dell'Ordine dei Medici. Tutt'ora, peraltro, tale commissione risulta contemporaneamente nominata e presieduta dal direttore della sede provinciale dell'Ente, il cui voto prevale nel caso in cui non si formi una maggioranza. Se inoltre si considera come, nella prassi, le direttive nazionali dell'INPS spesso siano riuscite ad avere una pregnanza sostanziale maggiore sul rapporto rispetto alle prerogative di tali organi consultivi, si rileva una certa sottovalutazione del ruolo rappresentativo dei medici fiscali rispetto ad un settore che coinvolge direttamente la loro funzione terza. A ciò si aggiunga che i rapporti sono regolati da convenzioni che li caratterizzano sostanzialmente come lavoro autonomo, privo perciò delle garanzie minimali riservate ai dipendenti e non assoggettabile ai vincoli propri ed uniformi delle classiche contrattazioni sindacali. Tali rapporti, inoltre, come risulta evidente dalla precedente disamina, ad oggi trovano disciplinati alcuni aspetti fondamentali in frammentari e variegati Regolamenti Ministeriali, più che in fonti legislative primarie sistematiche o in “accordi-quadro” condivisi, il che rende maggiormente difficoltosa una ricostruzione coerente e certa del loro profilo.

Tenuto conto delle problematiche illustrate, senza voler entrare nel merito della normativa di riorganizzazione della disciplina del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche (su cui il legislatore sta lavorando e discutendo, ma che sembra voler coinvolgere anche la figura di cui abbiamo trattato, sia nella formazione e nella gestione delle liste, sia nella rivisitazione delle funzioni e mansioni, oltre che nel rapporto con l'INPS), si ritiene non pleonastico sottolineare come la totalità degli aspetti evidenziati potrà essere salvaguardata solo mantenendo la specificità della funzione dei medici fiscali (nonché delle relative liste di cui l'Ente deve avvalersi) al riparo da commistioni volte a pregiudicarne la peculiarità, una rappresentanza adeguata ed un ruolo sostanziale nelle decisioni relative al rapporto, un'autonomia effettiva rispetto alle esigenze interne e di natura prevalentemente gestionale o “aziendalistica” dell'Ente Previdenziale². E, infine, un meccanismo retributivo che attui il principio elementare ma ineludibile per ogni lavoratore, sancito dall'art. 36 della Costituzione Repubblicana, ovvero la garanzia di *“una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa”*.

Gorizia, 14.09.2015

Marco Nicolai
(Avvocato presso il Foro di Gorizia)

² Esigenze “aziendalistiche” che in generale, a parere di chi scrive, mal si conciliano con il diritto collettivo ed individuale alla salute, basato su presupposti sociali e pubblici totalmente differenti e, per certi versi, incompatibili.

