

RUBRICA LEGALE RELATIVA ALLE QUESTIONI ED AI PARERI RESI NEL MESE DI NOVEMBRE 2021

Nell'ambito dell'attività di consulenza ed assistenza espletata in favore della FNOPO e degli Ordini Territoriali nel mese di novembre 2021 possono evidenziarsi alcune questioni di maggior rilievo per la categoria.

Parere su richiesta di “autodemansionamento” di iscritta libera professionista sospesa ex art. 4 D.L. 44/2021 dall'esercizio della professione.

È pervenuta allo Studio richiesta di parere inoltrata da un Ordine Territoriale e relativa all'oggetto.

In particolare l'Ordine Territoriale ha ricevuto da un'iscritta sospesa per mancata vaccinazione ex art. 4 del D.L. 44/2021 e che svolge la libera professione, una pec con la quale l'iscritta, interpretato *pro domo sua* il quadro normativo di riferimento, dichiara sostanzialmente di volersi “autodemansionare” fino alla data del 31.12.2021, ossia fino alla data di scadenza dell'obbligo vaccinale per non entrare in contatto diretto con persone fisiche nello svolgimento della professione.

Tale missiva parrebbe - poiché non vi è espressa una richiesta esplicita in tal senso - volta ad ottenere una sorta di revoca - o parziale revoca - del provvedimento di sospensione dall'albo da parte dell'Ordine, o comunque una sorta di autorizzazione all'esercizio della professione in periodo di sospensione con modalità autodeterminate e tali da non entrare in contatto con le pazienti. A sostegno delle proprie ragioni l'iscritta fornisce un'interpretazione della normativa di riferimento secondo cui sussisterebbe il diritto generalizzato dei sanitari non vaccinati a svolgere prestazioni o mansioni che non implicano contatti interpersonali o comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2. L'iscritta contesta al riguardo l'interpretazione di cui alla circolare ministeriale prot. 47627 del 22.09.2021 e, quindi, quella conforme contenuta nella connessa successiva circolare della FNOPO.

Di contro deve ritenersi congrua l'interpretazione ministeriale secondo cui il comma 1 dell'art. 4 del D.L. 44/2021, nel prevedere che la vaccinazione costituisce “*requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative rese dai soggetti obbligati*”, introduce un requisito imprescindibile di idoneità allo svolgimento dell'attività professionale in qualunque forma. La previsione del comma 10 dell'art. 4, secondo cui sussiste la possibilità, nel caso di sanitari che hanno un rapporto di lavoro dipendente, di essere assegnati a mansioni diverse “*non inerenti lo svolgimento dell'attività professionale*”, non comporta la possibilità per i liberi professionisti di “autodemansionamento”. Infatti la fattispecie - che riguarda i lavoratori dipendenti - prevede espressamente che trattasi di mansioni non inerenti la professione, e per le quali quindi, non occorre l'iscrizione all'albo. Nel caso di libere professioniste, invece, la previsione non può trovare applicazione in quanto non sussistono - né possono sussistere - forme di controllo e verifica del mancato contatto con i pazienti. Nel caso poi le mansioni che la dott.ssa Bellotti intendesse svolgere fossero del tutto estranee all'attività professionale non necessiterebbe di alcuna comunicazione/autorizzazione da parte dell'Ordine.

Dirimente è comunque la considerazione giuridica secondo cui la sospensione dall'albo - *non revocabile da parte dell'Ordine in assenza di un provvedimento espresso dell'ASL e/o dell'avvenuto decorso del termine attualmente previsto dalla legge (31.12.2021)* - comporta l'impossibilità di esercitare in qualunque forma giuridica la professione.

Si rimanda al parere espresso.

Parere su reinscrizione all'albo a seguito di cancellazione per morosità.

È pervenuta allo Studio richiesta di parere di cui in oggetto formulata allo Studio dagli Uffici ed inerente quesito posto da un OPO.

L'Ordine Provinciale ha infatti chiesto se, nel caso di un'iscritta cancellata per morosità e che intenda ripianare la propria esposizione debitoria, debba procedersi ad una reinscrizione *ex novo*, oppure se l'ostetrica possa essere reintegrata nell'albo con lo stesso numero di iscrizione precedente.

Il D.P.R. 5.04.1950, n° 221 stabilisce che *“il sanitario cancellato dall'Albo è, a sua richiesta, reinscritto quando siano cessate le cause che hanno determinato la cancellazione. Per la reinscrizione sono applicabili le disposizioni che regolano le iscrizioni”*.

Fermo, dunque, che occorre certamente procedere ad una reinscrizione *ex novo* si pone il problema della numerazione. Al riguardo si rileva come non sussista una specifica norma che disciplina la fattispecie ed anche come, a tenor di logica ed atteso che la reinscrizione comporta che l'ostetrica presenti una nuova domanda, producendo documentazione attuale, si dovrebbe poi attribuire un nuovo numero di iscrizione.

Per completezza, però, non può non osservarsi come l'anzianità di ciascun professionista è stabilita dalla data della deliberazione di iscrizione nell'Albo. Il citato D.P.R. 221/1950 all'art. 3 stabilisce in merito che *“nel caso di parità di tale data si tiene conto di quella di abilitazione all'esercizio professionale e, sussidiariamente dell'età”*. Non è chi non veda quindi il rilievo dell'anzianità di iscrizione all'Albo. Basti considerare che a parità di voti tra due candidati agli organi di rappresentanza degli Ordini Territoriali e della Federazione ai sensi del recente D.M. 15.03.2018 è proclamato eletto quello più giovane in relazione alla data più recente della deliberazione di iscrizione all'Albo dell'Ordine mentre, in forza di quanto disposto dall'art. 6 del D.P.R. 221/1950, prevale quello con maggiore anzianità di iscrizione all'Albo.

L'anzianità di iscrizione all'Albo costituisce inoltre un parametro di riferimento fondamentale anche con riguardo ad eventuali concorsi pubblici.

Tutto ciò premesso e fermo quanto sopra con riguardo agli effetti della reinscrizione anche sul corrispondente nuovo numero di iscrizione all'albo, potrebbe essere utile che la Federazione proceda ad una ricognizione sulle soluzioni ad oggi adottate dai diversi Ordini Territoriali al fine di applicare eventuali *“consuetudini”* che non sono note alla scrivente.

Si rimanda al parere espresso.

Parere su sospensione ex art. 4 D.L. 44/2021 e guarigione da SARS-CoV-2/Covid19 ed obbligo vaccinale entro i successivi 12 mesi.

È pervenuta allo Studio richiesta di parere inoltrata da un Ordine Territoriale e relativa all'oggetto.

In particolare l'Ordine Territoriale ha rappresentato allo Studio di aver ricevuto da un'iscritta richiesta di parere circa l'obbligo dei professionisti sanitari di vaccinarsi entro 12 mesi dalla guarigione da SARS-CoV-2/Covid19 in virtù della circolare del Ministero della Salute del 21.07.2021 ed in relazione a quanto disposto dall'art. 4 del D.L. 44/2021.

Nella circolare ministeriale citata e trasmessa dall'Ordine si rappresenta la possibilità di considerare la somministrazione di un'unica dose di vaccino anti SARS-CoV-2/Covid19 nei soggetti con pregressa infezione da SARS-CoV-2 (decorsa in maniera sintomatica o asintomatica), purché la vaccinazione venga eseguita preferibilmente entro i sei mesi dalla stessa e, comunque, non oltre 12 mesi dalla guarigione.

Si è quindi a chiedere allo Studio se un soggetto guarito possa *“evitare la sospensione fino all'osservanza vaccinale e comunque non oltre i dodici mesi dall'avvenuta e documentata guarigione”*.

È parere della scrivente che la circostanza sopra rappresentata debba formare oggetto dell'accertamento da parte della ASL ai sensi dell'art. 4 del D.L. 44/2021 ove, al comma 2, si prevede testualmente che *“solo in caso di accertato pericolo per la salute, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate, attestate dal medico di medicina generale, la vaccinazione di cui al comma 1 non è obbligatoria e può essere omessa o differita”*.

Infatti, nel momento in cui la ASL procederà ad invitare un'iscritta all'albo delle ostetriche guarita dall'infezione da SARS-CoV-2 a produrre la documentazione comprovante l'effettuazione della vaccinazione o l'omissione o il differimento della stessa ai sensi del comma 2 dell'art. 4 del D.L. 44/2021, ovvero la presentazione della richiesta di vaccinazione o l'insussistenza dei presupposti per l'obbligo vaccinale, l'interessata potrà produrre documentazione attestante l'avvenuta guarigione dall'infezione e l'Azienda Sanitaria potrà ritenere che trattasi di condizione clinica documentata di cui al comma 2 del citato art. 4 del D.L. 44/2021 che consente il legittimo differimento della vaccinazione nei termini indicati dalla circolare ministeriale.

A tenor di logica, dunque, stante la precisa indicazione del Ministero - assunta, peraltro, a seguito di parere del Comitato Tecnico Scientifico - la ASL che si trovi ad esaminare documentazione attestante la guarigione dall'infezione da SARS-CoV-2 in un periodo non superiore a 12 mesi e non dovrebbe procedere ad alcun atto di accertamento, ma tale valutazione non può essere effettuata dall'Ordine Professionale in considerazione della competenza in materia dell'Azienda Sanitaria.

Si rimanda al parere espresso.

Parere su partecipazione a concorso pubblico da parte di ostetrica sospesa ex art. 4 D.L. 44/2021.

È pervenuta allo Studio richiesta di parere di cui in oggetto.

In particolare un Ordine Territoriale ha chiesto un chiarimento rispetto ad un quesito posto da un'iscritta attualmente sospesa per inosservanza dell'obbligo vaccinale di cui all'art. 4, comma 1 del D.L. 44/2021 che intende partecipare ad un concorso pubblico. Il quesito è quindi relativo all'eventuale preclusione dalla partecipazione a concorsi pubblici per la professione di ostetrica da parte di ostetrica sospesa dall'albo.

La maggior parte dei concorsi pubblici nel comparto sanitario prevede tra i titoli richiesti l'iscrizione all'albo della categoria professionale alla quale è rivolta la selezione. La sospensione dall'albo può quindi precludere la partecipazione in difetto del possesso di uno dei requisiti indefettibili.

Ove vi siano ostetriche sospese ex art. 4 D.L. 44/2021 interessate a partecipare a concorsi pubblici per i quali è dunque prevista l'iscrizione all'albo potranno eventualmente rivolgere istanza interlocutoria all'Amministrazione che ha bandito il concorso per chiedere se sia possibile l'ammissione con riserva in considerazione della sussistenza della professionalità e della preparazione tecnico-scientifica richieste per il posto da ricoprire in ragione del titolo di studio abilitante e della temporaneità della sospensione, evidenziando anche che al momento dell'effettiva assunzione delle funzioni, in caso di superamento del concorso, il provvedimento di sospensione dall'albo potrebbe non essere più vigente.

A parere della scrivente, però, l'ipotesi sopra delineata per mera completezza espositiva potrebbe essere legittimamente rigettata da parte dell'Amministrazione laddove quest'ultima dovesse ritenere che i titoli richiesti nel bando di concorso debbono essere posseduti sin dall'inoltro della domanda.

Si rimanda al parere espresso.

Parere su istanza in autotutela avverso provvedimento di sospensione ex art. 4 D.L. 44/2021.

È pervenuta allo Studio richiesta di parere inoltrata da un Ordine Territoriale e relativa all'oggetto.

In particolare l'Ordine Territoriale ha ricevuto da un'iscritta - *sospesa per mancata vaccinazione ex art. 4 del D.L. 44/2021* - una pec inoltrata anche alla ASL ed al datore di lavoro, con la quale si chiede di riesaminare il provvedimento di sospensione in autotutela e di sospenderne gli effetti esecutivi con immediata reintegrazione in servizio. L'iscritta asserisce che i vaccini non avrebbero funzione di prevenire le infezioni da SARS-CoV-2 e che la ASL di riferimento non avrebbe tenuto nella corretta considerazione la documentazione di esonero per allergopatia farmacologica. Infine evidenzia come l'emanazione del D.L. 127 del 21.09.2021 permetterebbe di svolgere l'attività lavorativa senza il rischio di diffusione del contagio.

Tale istanza, volta ad ottenere la sospensione degli effetti del provvedimento ed il riesame dello stesso, deve intendersi rivolta alla ASL che ha effettuato l'attività di accertamento ritenendo non congrua la documentazione di esonero ed al datore di lavoro che, si presume dal tenore della pec, non deve essere riuscita ad assegnare a mansioni diverse

l'ostetrica e che, quindi, legittimamente non sta corrispondendo la retribuzione dovuta. L'Ordine si è infatti limitato alla mera presa d'atto dell'accertamento effettuato dalla ASL ed alla successiva comunicazione di sospensione dall'albo.

Risulta dirimente, ai fini del riscontro all'iscritta, la considerazione giuridica secondo cui la sospensione dall'albo *ex lege* - non revocabile da parte dell'Ordine in assenza di un provvedimento espresso dell'ASL e/o dell'avvenuto decorso del termine attualmente previsto dalla legge (31.12.2021) - comporta in capo all'OPO l'impossibilità di esercitare qualsivoglia attività in autotutela, attività che eventualmente sono rimesse, appunto, alla ASL ed al datore di lavoro dell'iscritta.

Si rimanda al parere espresso.

Parere su competenze ostetriche per collaborazione in attività ambulatoriali e iniezioni intramuscolari e sottocutanee a domicilio.

È pervenuta allo Studio richiesta di parere di cui in oggetto trasmessa da un OPO. In particolare l'Ordine Territoriale ha posto allo Studio due quesiti ricevuti da iscritte che testualmente di seguito si riportano:

Primo quesito

“Buongiorno, scrivo per avere informazione riguardo la collaborazione per attività ambulatoriali. Sul web non sono riuscito a trovare nessuna informazione a riguardo. Volevo sapere se l'ostetrico/a può effettuare l'assistente al medico durante interventi ambulatoriali non ginecologici, ad esempio in ambulatori dermatologici o simili”.

Secondo quesito

“... Lavoro presso un laboratorio analisi convenzionato privato con contratto come dipendente. Mi chiedo se fosse possibile con la nostra professione poter eseguire iniezioni intramuscolari e sottocutanee a domicilio”.

L'Ordine chiede precisazioni in punto di diritto così da poter fornire informazioni alle iscritte ed evitare l'eventuale contestazione del reato di esercizio abusivo della professione.

Si deve premettere come l'assistenza al medico durante gli interventi ambulatoriali non ginecologici e, ad esempio, in interventi ambulatoriali di dermatologia sia di competenza della categoria degli infermieri. Altrettanto può rilevarsi con riguardo all'esecuzione generalizzata a domicilio di iniezioni intramuscolari e sottocutanee.

In merito alla suddivisione di competenze tra infermieri ed ostetriche/i, la Sesta Sezione Penale della Corte di Cassazione con sentenza del 3.08.2018, n° 37767 ha stabilito i seguenti rilevanti principi:

- i diversi e distinti profili di competenza della figura professionale dell'ostetrica/o rispetto a quella dell'infermiere;

- la sussistente competenza dell'ostetrica/o ad espletare attività di pertinenza infermieristica solo se connessa alla propria attività professionale di assistenza alle gestanti, alle partorienti ed alle puerpere;
- l'illegittimità del conferimento all'ostetrica/o, in modo continuativo, di mansioni infermieristiche scisse dall'ambito degli specifici compiti ai quali l'ostetrica/o è professionalmente chiamata/o.

La sentenza ha quindi confermato il precedente indirizzo della stessa Corte di Cassazione circa l'interpretazione della normativa di riferimento, indirizzo, peraltro, conforme all'orientamento della Giustizia Amministrativa secondo cui l'esercizio dell'attività infermieristica da parte dell'ostetrica/o deve considerarsi legittimo solo se connesso all'attività demandata dalla legge a tale figura professionale.

In concreto, l'ostetrica/o può svolgere attività infermieristica senza incorrere nell'ipotesi di reato di esercizio abusivo della professione ex art. 348 c.p. esclusivamente quando detta attività venga espletata nell'ambito delle prestazioni ostetriche.

Da quanto sopra consegue che l'ostetrica/o è competente ad assistere il medico negli interventi ambulatoriali ginecologici e ad effettuare iniezioni intramuscolari e sottocutanee a domicilio esclusivamente in via occasionale o nell'ambito di prestazioni ed assistenza ostetrica.

Infine, per completezza, deve evidenziarsi come la giurisprudenza abbia ritenuto che l'attività di ostetrica/o possa occasionalmente assorbire le mansioni dell'infermiere professionale anche non in connessione alle proprie prestazioni specifiche senza che ne derivi un demansionamento dell'ostetrica (cfr.: T.A.R. Campania Napoli, IV^a, 10.10.1991 n° 291). Ne consegue la legittimità dell'esecuzione *una tantum* da parte dell'ostetrica/o delle attività sopra descritte nell'ambito di prestazioni non connesse ad assistenza ostetrica.

In via riepilogativa può rilevarsi come:

- sussista la competenza generale, indiscussa ed indiscutibile, dell'ostetrica ad espletare l'attività di assistenza ad interventi ambulatoriali e di esecuzione di iniezioni intramuscolari e sottocutanee cirscritta, però, all'ambito delle prestazioni rese in favore delle donne;
- occasionalmente e/o in caso di urgenza e necessità l'ostetrica può assistere ad interventi ambulatoriali ed eseguire iniezioni intramuscolari e sottocutanee anche su soggetti di sesso maschile o comunque su donne che non sono sottoposte ad assistenza ostetrico-ginecologica;
- l'attività continuativa di assistenza ad interventi ambulatoriali e di esecuzione di iniezioni intramuscolari e sottocutanee scissa dall'ambito dell'assistenza ostetrico-ginecologica e rivolta indistintamente verso soggetti di sesso maschile e femminile può finanche rappresentare un demansionamento dell'ostetrica, con ogni connesso possibile effetto "*rivendicativo*" nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato;
- l'attività continuativa di assistenza ad interventi ambulatoriali e di esecuzione di iniezioni intramuscolari e sottocutanee scissa dall'ambito dell'assistenza ostetrico-ginecologica e rivolta indistintamente verso soggetti di sesso maschile e femminile può dar luogo, *seppure in via meramente eventuale*, a fattispecie di

esercizio abusivo della professione ex art. 348 c.p. rientrando nella competenza di medici ed infermieri.

Si rimanda al parere espresso.

Parere relativo all'assistenza da erogare ed agli ambiti di responsabilità professionale in caso di pazienti trasferite nel reparto di ginecologia da altri reparti chirurgici per mancanza di posti letto.

È pervenuta allo Studio la richiesta di parere inoltrata da un Ordine Territoriale e relativa all'oggetto.

In particolare l'Ordine Territoriale è a chiedere chiarimenti circa l'assistenza da erogare e la relativa responsabilità professionale nel caso di pazienti trasferite presso il reparto di ginecologia da altri reparti chirurgici per mancanza di posti letto determinata dall'emergenza pandemica in atto.

Per riscontrare il quesito posto occorre bilanciare il dovere che sussiste in capo ad ogni professionista del settore sanitario di prestare assistenza e cure in caso di emergenza rispetto all'obbligo di attenersi, nell'erogare prestazioni professionali, a quelle di competenza della categoria dell'Ordine Professionale al quale si è iscritti. Ne consegue che nell'eventualità in cui nel reparto di ostetricia e ginecologia vengano ricoverati pazienti provenienti da altri reparti e con patologie che esulano dalla competenza ostetrica, le iscritte potranno erogare prestazioni urgenti solo ed esclusivamente in via occasionale e laddove non vi sia altro personale disponibile limitandosi, nell'eventualità, a rendere attività di carattere momentaneo e di tipo infermieristico senza, però, che le stesse assurgano a prestazioni continuative. Infatti, erogare prestazioni che non attengono alle proprie competenze professionali così come declinate dal D.M. 14.09.1994, n° 740 e dal D. Lgs. 9.11.2007, n° 206 e s.m.i., oltre ad integrare il reato di esercizio abusivo della professione ex art. 348 del codice penale, comporta una responsabilità risarcitoria in caso di eventi avversi per la quale non ci si può avvalere della copertura assicurativa.

Inoltre, l'esercizio continuativo di mansioni diverse rispetto al proprio profilo professionale (mansioni inferiori → demansionamento o mansioni superiori), determina un possibile connesso effetto “rivendicativo” nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato, con conseguente pregiudizio anche dell'amministrazione di appartenenza.

Si rimanda al parere espresso.

Parere su adempimenti dell'Ordine Professionale relativamente alla sospensione dall'albo per mancata vaccinazione delle iscritte ai sensi del D.L. 44/2021.

È pervenuta allo Studio richiesta di parere inoltrata da un OPO e relativa all'oggetto.

In particolare l'Ordine Territoriale rappresenta allo Studio di aver ricevuto la “segnalazione di un'ostetrica sospesa dall'albo professionale a causa del mancato

adempimento vaccinale, che esercita comunque la professione” e chiede al riguardo quali azioni debba intraprendere.

La sospensione dall'albo comporta che ogni attività professionale espletata dall'iscritto sospeso temporaneamente dall'esercizio della professione integra il reato di cui all'art. 348 codice penale e, quindi, esercizio abusivo della professione.

Ne consegue che l'Ordine dovrà segnalare la fattispecie alla competente Procura della Repubblica.

Si rimanda al parere espresso.