

Federico Ghera  
Professore associato di diritto costituzionale  
Università degli Studi di Foggia

## **Il rapporto di lavoro dei medici dell'emergenza: profili di legittimità costituzionale e di compatibilità con il diritto UE**

**Sommario:** *1 – La “fuga dalla subordinazione”. 2 – L’abuso del ricorso a forme contrattuali alternative al lavoro subordinato da parte delle pubbliche amministrazioni. 3 – L’estensione del principio della indisponibilità del tipo dal piano dei rapporti privati al livello legislativo. 4 – Il rapporto di lavoro dei medici dell'emergenza. 5. I rapporti di lavoro a termine dei medici dell'emergenza: profili di compatibilità con il diritto UE.*

### ***1 – La “fuga dalla subordinazione”.***

Oramai da molto tempo si registra la tendenza a qualificare come non subordinati - contratti di lavoro autonomo (art. 2222 c.c.), anche a carattere coordinato e continuativo (art. 409 n. 3 c.p.c.) - rapporti di lavoro che, per il loro effettivo modo di svolgimento, presentano invece i connotati della subordinazione, essendo sussumibili entro la fattispecie dell'art. 2094 c.c. (“è prestatore di lavoro chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore”).

Il fenomeno, come noto, trae origine da una caratteristica strutturale del nostro ordinamento (o che tale era sino alla recente introduzione della fattispecie delle “collaborazioni etero-organizzate”, di cui si dirà appresso), e cioè che la subordinazione rappresenta la “fattispecie di accesso alla normativa protettiva”, nella quale il diritto del lavoro consiste, secondo una logica del “tutto o niente”: mentre al lavoratore dipendente è assicurata una intensa protezione, quello autonomo, viceversa, gode di poche tutele, neppure lontanamente paragonabili a quelle offerte al primo <sup>1</sup>.

Di qui l'interesse del soggetto che si avvale delle altrui prestazioni lavorative a qualificare il contratto di lavoro come autonomo.

Questa tendenza, tuttavia, si è scontrata - e si scontra - con il principio, affermato dalla giurisprudenza del lavoro, della “indisponibilità del tipo”: Esso significa che quel che conta non è la astratta qualificazione data al rapporto nel contratto (e quindi, di fatto, subito dal lavoratore, che si trova in posizione di inferiorità economico-sociale rispetto a colui che gli offre occasioni di lavoro), ma le sue *modalità di svolgimento effettivo* <sup>2</sup>. Se il lavoro, in concreto, è prestato nei modi

<sup>1</sup> In questi termini, R. DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, Milano, 2016, 355.

<sup>2</sup> Cfr. ad es. Cass. Sez. Lav. sentenza 8.6.2017, n. 14296 per il rilievo che il *nomen iuris* dato dalle parti al contratto non è decisivo, quel che conta essendo la ricorrenza o meno, in concreto, degli elementi tipici della subordinazione (inserimento del lavoratore nella altrui organizzazione, continuità della prestazione, assenza di rischio, osservanza di un orario di lavoro e, soprattutto, sottoposizione al potere direttivo e di controllo del datore di lavoro). Sul *discrimen* tra lavoro autonomo e subordinato cfr. altresì - da ultimo - Cass. Sez. Lav. sentenza 6.4.2017, n. 8883 (“*Elemento indefettibile del rapporto di lavoro subordinato - e criterio discrezionale, nel contempo, rispetto a quello di lavoro autonomo - è la subordinazione, intesa come vincolo di soggezione personale del prestatore al potere direttivo del datore di lavoro, che inerisce alle intrinseche modalità di svolgimento delle prestazioni lavorative e non già soltanto al loro risultato, mentre hanno carattere sussidiario e funzione meramente indiziaria altri elementi del rapporto di lavoro (quali, ad esempio, la collaborazione, l'osservanza di un determinato orario, la continuità della prestazione lavorativa, l'inserimento della prestazione medesima nell'organizzazione aziendale e il coordinamento con l'attività imprenditoriale, l'assenza di rischio per il lavoratore e la forma della retribuzione), i quali - lungi dal surrogare la subordinazione o, comunque, dall'assumere valore decisivo ai fini della prospettata*

astrattamente definiti dall'art. 2094 c.c., il prestatore potrà ottenere il relativo accertamento in sede giudiziale, conseguendo plurimi vantaggi: tanto per il passato (eventuali differenze retributive; costituzione della posizione previdenziale e versamento dei relativi contributi), quanto per il futuro (dal momento dell'accertamento, il rapporto "diviene" di lavoro subordinato, per cui colui che si avvale delle prestazioni di lavoro dovrà sottostare a tutti i limiti propri del "datore di lavoro", e quindi assicurare al lavoratore i relativi diritti).

Da ultimo, peraltro, come accennato, è intervenuta una importante innovazione legislativa. L'art. 2, co. 1, d. lgs. n. 81/2015 (cd. Jobs Act II) ha infatti esteso lo statuto protettivo del diritto del lavoro anche ad alcune tipologie di lavoro autonomo che si situano al confine della subordinazione, e cioè *"ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro"*.

In tal modo, dunque, per i rapporti che presentano tali caratteristiche diventa irrilevante accertare la subordinazione, in quanto agli stessi si applica comunque il medesimo regime proprio del lavoro subordinato. La norma, peraltro, si applica solo a far data dal 1° gennaio 2016 ed è circondata da diverse eccezioni, non applicandosi tra l'altro - per quanto qui particolarmente interessa - ai rapporti con le pubbliche amministrazioni (alle quali, tuttavia, dal 1° gennaio 2018 è fatto divieto di instaurare rapporti di collaborazione aventi le caratteristiche sopra indicate: art. 2, co. 4, d. lgs. n. 81/2015)<sup>3</sup>.

## ***2 – L'abuso del ricorso a forme contrattuali alternative al lavoro subordinato da parte delle pubbliche amministrazioni.***

La tendenza alla "fuga dalla subordinazione", originata nel settore privato, ha ben presto finito per estendersi anche al settore delle pubbliche amministrazioni, man mano che le politiche di austerità imposte dall'elevato debito pubblico si sono tradotte in blocchi - di fatto e/o di diritto - delle assunzioni tramite la regolare via dei pubblici concorsi. Di qui il ricorso abusivo a forme contrattuali alternative a quella del lavoro subordinato a tempo indeterminato, quali, principalmente, il lavoro a termine e le collaborazioni coordinate e continuative.

Nel settore pubblico, tuttavia, la possibilità per il lavoratore di ricorrere alla soluzione giudiziaria per ottenere la "regolarizzazione" del rapporto ha incontrato ostacoli sconosciuti nel settore privato. Anzitutto, lo scoglio del principio costituzionale del pubblico concorso (art. 97 Cost.), il quale esige che agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si acceda a seguito di procedure finalizzate a selezionare i soggetti "più meritevoli" a ricoprire i posti di lavoro. Tale principio - che ha trovato attuazione a livello legislativo negli artt. 35 e 36 del d. lgs. n. 165/2001 - impedisce al lavoratore che opera nel pubblico di ottenere quel che è invece del tutto scontato che ottenga il lavoratore che opera nel privato: ovvero che all'accertamento della subordinazione (nel caso delle collaborazioni coordinate e continuative) – così come dell'illegittimo ricorso al termine, nel caso delle assunzioni a

---

*qualificazione del rapporto - possono, tuttavia, essere valutati globalmente, appunto, come indizi della subordinazione stessa, tutte le volte che non ne sia agevole l'apprezzamento diretto a causa di peculiarità delle mansioni, che incidano sull'atteggiarsi del rapporto").*

<sup>3</sup> Sui complessi problemi ermeneutici sollevati dalla nuova disciplina, v. S. CIUCCIOVINO, *Le "collaborazioni organizzate dal committente" nel confine tra autonomia e subordinazione*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2016, 321 ss.; G. FERRARO, *Collaborazioni organizzate dal committente*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2016, 53 ss.

tempo determinato - consegua un effetto che, nella sostanza, è possibile chiamare di “stabilizzazione” o “trasformazione” del rapporto <sup>4</sup>.

Ciò però non significa che l'accertamento della subordinazione resti privo di conseguenze. La qualificazione come subordinato del rapporto di lavoro intercorso con l'amministrazione, infatti, comporterà l'applicazione dell'art. 2126 c.c.: “la nullità o l'annullamento del contratto di lavoro non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, salvo che la nullità derivi dall'illiceità dell'oggetto o della causa. Se il lavoro è stato prestato con violazione di norme poste a tutela del prestatore di lavoro, questi ha in ogni caso diritto alla retribuzione”. Pertanto, se il rapporto di lavoro, di fatto, si è svolto secondo le modalità della subordinazione (art. 2094 c.c.), il relativo accertamento giudiziale non rimarrà privo di conseguenze per il passato, avendo il lavoratore titolo a ottenere il riconoscimento di tutti i diritti conseguenti (eventuali differenze retributive, costituzione della posizione previdenziale con versamento dei relativi contributi ecc.) <sup>5</sup>. Un secondo tipo di ostacolo è derivato dalla previsione a livello legislativo di discipline marcatamente settoriali, le quali, in vario modo, miravano a escludere l'applicazione delle garanzie tipiche del lavoro subordinato a rapporti di collaborazione instaurati dalle pubbliche amministrazioni. E ciò ancorché il giudice potesse ravvisare i connotati tipici della subordinazione nelle modalità di svolgimento di tali rapporti.

*3 – L'abuso del ricorso a forme contrattuali alternative al lavoro subordinato da parte delle pubbliche amministrazioni.*

Il tipo di intervento legislativo appena ricordato ha incontrato la ferma opposizione della Corte costituzionale.

Quest'ultima, infatti, a partire dalla sentenza n. 121/1993, ha affermato il fondamentale principio per cui non è consentito neppure al legislatore “*negare la qualificazione giuridica di rapporti di lavoro subordinato a rapporti che oggettivamente abbiano tale natura, ove da ciò derivi l'inapplicabilità delle norme inderogabili previste dall'ordinamento per dare attuazione ai principi, alle garanzie e ai diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato*”. La di poco successiva sentenza n. 115 del 1994 ha poi precisato che la legge non può neppure “*autorizzare le parti ad escludere, con la loro dichiarazione negoziale, l'applicabilità della disciplina inderogabile prevista a tutela dei lavoratori a rapporti che abbiano contenuto e modalità di esecuzione propri del rapporto di lavoro subordinato*”.

Dunque: per la Corte costituzionale lo “statuto protettivo” del lavoro subordinato è qualcosa di assolutamente indisponibile per lo stesso legislatore; ciò, almeno, nel senso che la legge non può sottrarre particolari categorie di rapporti, che per le loro modalità di svolgimento effettivo andrebbero ricondotte al tipo del lavoro subordinato, alla possibilità di operare la relativa qualificazione in sede giudiziaria con conseguente applicazione degli istituti di garanzia del lavoratore <sup>6</sup>.

Muovendo da queste premesse, a seconda dei casi, la Corte ha censurato norme che si prestavano ad essere intese nel senso di impedire la qualificazione di determinati rapporti di lavoro come

---

<sup>4</sup> Sulla necessità che i rapporti di impiego con le pubbliche amministrazioni si costituiscano a seguito di pubblici concorsi cfr. ad es. Corte costituzionale, sentenza n. 37 del 2015. Per la giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass. Sez. Lav. Sez. Lav., sentenza 8.7.2016, n. 14032.

<sup>5</sup> Cfr. Tribunale di Ancona, sentenza 28.5.2014, n. 264 (proprio in riferimento al lavoro dei medici dell'emergenza).

<sup>6</sup> In argomento, v. A. D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in Massimo D'Antona, *Opere. Vol. Primo*, Milano, 2000, 189 ss. (originariamente in *Arg. Dir. Lav.*, 1995, 63 ss.); nonché - in termini critici della giurisprudenza costituzionale - G. SANTORO PASSARELLI, *Diritto del lavoro e dell'occupazione*, Torino, 2015, 225.

subordinati (sent. 121/1993), oppure precisato che le stesse andavano intese nel senso di non escludere la possibilità di operare tale qualificazione, ove in concreto il giudice ravvisi gli elementi caratterizzanti della fattispecie di cui all'art. 2094 c.c. (sent. n. 115/1994 e, da ultimo, sent. n. 76/2015).

#### *4 – Il rapporto di lavoro dei medici dell'emergenza.*

I servizi di medicina dell'emergenza sono assicurati da due categorie di lavoratori ben distinte: da un lato, personale di ruolo, dall'altro, personale non di ruolo, che opera sulla base di incarichi – a tempo indeterminato o a termine – conferiti dalle aziende sanitarie, secondo quanto previsto dall'Accordo Collettivo Nazionale per la disciplina dei rapporti con i medici di medicina generale del 23.3.2005.

Le disposizioni dell'Accordo disciplinano il lavoro del personale non di ruolo in modo tale per cui, da un lato, si ravvisano elementi in base ai quali si dovrebbe propendere per la natura autonoma del loro rapporto (per indicare l'atto che ne precede la instaurazione si parla di "incarico"; per il corrispettivo si usa l'espressione "compenso professionale"), ma, d'altra parte, prevede pure elementi che sono tipici della subordinazione (orario settimanale di lavoro, obbligo di reperibilità).

La disciplina collettiva, dunque, potrebbe interpretarsi in senso tale da avere voluto imprimere la qualificazione come autonomi dei rapporti di lavoro dei medici dell'emergenza, ancorché presentino elementi tipici della subordinazione. Dal che potrebbe trarsi la conclusione che sarebbe precluso al giudice operare una riqualificazione del rapporto (come subordinato), poiché lo stesso andrebbe sempre qualificato come autonomo, sulla base delle previsioni della fonte collettiva, indipendentemente dalle concrete modalità di svolgimento.

Interpretata in questo senso, tuttavia, la disciplina collettiva porrebbe seri dubbi di legittimità, in relazione al principio della indisponibilità del tipo che, come abbiamo visto, la giurisprudenza costituzionale ha radicato al livello costituzionale del nostro ordinamento, opponendolo allo stesso legislatore. Ed infatti, sarebbe difficile ammettere che una "fonte" sotto-ordinata alla legge – quale è il contratto collettivo – possa fare quel che non è consentito neppure alla legislazione: e cioè qualificare per così dire di imperio determinati rapporti come autonomi, con la conseguenza della loro sottrazione allo statuto protettivo del lavoro subordinato, ancorché possano presentare in concreto gli elementi tipici della subordinazione (o, persino, non possano che presentarli, dato il modo in cui sono astrattamente disciplinati dalla stessa fonte collettiva).

Non sembra però che un tale esito interpretativo – che, in quanto contrastante con un principio di livello costituzionale (quale quello che si condensa nella formula della "indisponibilità del tipo"), è per quanto possibile da evitare (secondo il noto canone dell'interpretazione costituzionalmente conforme) - sia logicamente necessitato.

La disciplina collettiva, infatti, si presta pure ad essere interpretata nel senso di avere previsto la instaurazione di rapporti di collaborazione professionale di natura, per così dire, "genuinamente" autonoma, in quanto privi di quei connotati che – secondo la giurisprudenza – sono tipici della subordinazione. Per cui quando, viceversa, il singolo rapporto si sia svolto secondo le modalità tipiche del lavoro subordinato, la contrattazione collettiva non costituirà in alcun modo un ostacolo alla relativa qualificazione.

Proprio in questo senso si è orientata la giurisprudenza del lavoro, sia di merito che di legittimità.

Il Giudice del Lavoro, infatti, ha affermato che il rapporto dei medici dell'emergenza va qualificato come subordinato, quando - in considerazione delle sue modalità di svolgimento effettivo - si ravvisino gli elementi costitutivi della relativa fattispecie (art. 2094 c.c.)<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Cfr. Cass. Sez. Lav., sentenza 30.6.2014, n. 14757; Trib. Ancona, Lav., sentenza 28.5.2014, n. 264.

In tal caso, secondo la medesima giurisprudenza - esattamente come in ogni altra ipotesi di lavoro di fatto subordinato intercorrente con la pubblica amministrazione – al lavoratore non potrà essere riconosciuta la definitiva trasformazione del rapporto (e dunque un effetto di “immissione in ruolo”), a ciò ostando il principio costituzionale del pubblico concorso, ma tuttavia – in base all’art. 2126 c.c. – per il passato gli andranno riconosciuti i medesimi diritti propri del personale di ruolo (e dunque, anzitutto, le differenze retributive).

##### *5. I rapporti di lavoro a termine dei medici dell'emergenza: profili di compatibilità con il diritto UE.*

Per quanto riguarda i medici dell'emergenza che operano sulla base di incarichi a tempo determinato è da farsi un discorso ancora più articolato.

Anche i rapporti di lavoro instaurati con questi atti di incarico sono suscettibili di essere qualificati come di tipo subordinato, ove ne ricorrano i presupposti, esattamente come quelli a tempo indeterminato.

Nel caso in cui venga accertata la subordinazione, però, si apre un problema ulteriore. Trattandosi di rapporti a termine, infatti, è da porsi la questione della loro compatibilità con il diritto dell'Unione Europea, e segnatamente con la Direttiva 1999/70 sui contratti a termine.

Quest'ultima, come noto, mira ad impedire l'abuso nel ricorso a tale forma di impiego, reputandola legittima solo quando serva a soddisfare esigenze temporanee del datore di lavoro. Da qui la previsione di tre distinte tipologie di misure volte a prevenire questi abusi — ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei contratti o rapporti a termine; durata massima totale dei contratti o rapporti a termine conclusi in successione; numero massimo dei rinnovi — almeno una delle quali gli Stati membri hanno il dovere di adottare nei rispettivi ordinamenti, in mancanza di norme equivalenti.

Nell'ordinamento italiano la materia dei contratti a termine è stata a lungo disciplinata dal d. lgs. n. 368/2001 - che ha previsto, in particolare, un limite alla durata complessiva dei rapporti a termine (36 mesi) – recentemente sostituito dal d. lgs. n. 81/2015 (cd. Jobs Act II), che ha però in gran parte confermato la precedente normativa (e in particolare il limite dei 36 mesi). Tale disciplina generale sul lavoro a termine, peraltro, non specifica se sia o meno applicabile alle pubbliche amministrazioni. La giurisprudenza prevalente, tuttavia, ritiene che lo sia, e però con una significativa differenza: mentre nel lavoro privato in caso di abuso nel ricorso al contratto a termine spetta al lavoratore, oltre al risarcimento del danno, il diritto ad ottenere l'accertamento della nullità del termine – con la conseguente trasformazione o conversione del rapporto, da determinato a indeterminato – ciò nel settore pubblico è precluso da una espressa norma di legge, contenuta nel cd. testo unico sul pubblico impiego (art. 36, co. 5, d. lgs. n. 165/2001)<sup>8</sup>. Ne consegue che il lavoratore “precario” della pubblica amministrazione potrebbe ottenere solo una tutela risarcitoria, e non la “stabilizzazione”.

Da lungo tempo, tuttavia, i precari del settore pubblico hanno intrapreso iniziative giudiziarie che contestano apertamente questa conclusione, facendo appello al diritto UE. Segnatamente, si sostiene la tesi che il diritto italiano non conterrebbe alcuna disciplina sul risarcimento del danno spettante al lavoratore precario del settore pubblico in grado di prevenire e reprimere l'abuso nel ricorso al contratto di lavoro a termine, per cui si avrebbe una inadempienza dello Stato italiano agli obblighi ad esso imposti dalla Direttiva 1999/70. Conseguentemente, la norma che esclude la conversione dei rapporti a termine con le pubbliche amministrazioni (art. 36, co. 5, d. lgs. n. 165/2001) sarebbe illegittima, per violazione della direttiva europea, e pertanto andrebbe disapplicata.

---

<sup>8</sup> In questo senso, tra le molte, Cass. Sez. Lav., sentenza 30.12.2014, n. 27481. La diversità di trattamento tra lavoro pubblico e lavoro privato sotto il profilo delle conseguenze dell'illegittimo ricorso al contratto a termine è stata tra l'altro giustificata dalla giurisprudenza costituzionale (cfr. Corte cost. sent. n. 493/2003).

Questo indirizzo è rimasto però sin qui del tutto minoritario nella giurisprudenza del lavoro, all'interno della quale è largamente prevalente l'orientamento secondo cui al lavoratore illegittimamente assunto a termine dalla pubblica amministrazione spetti solo una tutela risarcitoria<sup>9</sup>.

In questa situazione, i medici dell'emergenza che operano a tempo determinato, potranno rivendicare – oltre il riconoscimento di tutti i diritti propri del lavoro subordinato per il periodo di svolgimento del rapporto, in applicazione dell'art. 2126 c.c. – anche una tutela ulteriore: e dunque provare a richiedere la “stabilizzazione”, secondo l'indirizzo minoritario che si è ricordato, in aggiunta alla tutela risarcitoria, che è invece pacificamente spettante al lavoratore della pubblica amministrazione illegittimamente assunto a termine.

Per quanto riguarda la “quantificazione” del risarcimento, in assenza di una disciplina specifica, si sono formati nel tempo diversi orientamenti nella giurisprudenza. Da ultimo, però, tale contrasto è stato composto dalle Sezioni Unite della Cassazione, nel senso che il risarcimento va determinato facendo applicazione della disciplina di cui all'art. 32, co. 5, l. n. 183/2010 (indennità tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità)<sup>10</sup>. Ciò ancorché tale disciplina sia espressamente dettata per l'ipotesi in cui l'illegittima apposizione del termine determini la conversione del rapporto di lavoro, che nel caso del lavoro pubblico viceversa non può essere disposta. L'applicazione della medesima normativa anche al contratto a termine con la pubblica amministrazione, tuttavia, secondo la giurisprudenza di legittimità, si giustifica in quanto rappresenta una soluzione favorevole al lavoratore, esonerandolo dall'onere della prova di avere subito un danno<sup>11</sup>. Inoltre, diversamente da quanto avviene nella ipotesi di conversione del contratto a termine nel settore privato, per la Cassazione nel settore pubblico l'applicazione dell'art. 32, co. 5, l. n. 183/2010 non preclude al lavoratore di fornire la prova di avere subito un danno maggiore.

---

<sup>9</sup> Tra le poche eccezioni, Tribunale di Siena, Sez. Lav., sentenza 27.9.2010; Tribunale di Livorno, Sez. Lav., sentenza 25.1.2011; Tribunale di Trani, Sez. Lav., sentenza 19.11.2011.

<sup>10</sup> Cass. SS. UU., sentenza 15.3.2016, n. 5072, con nota di P. Passalacqua, *Le Sezioni Unite sull'abuso del contratto a termine nella PA optano per la trasposizione dell'indennità prevista per il settore privato: il cerchio si chiude davvero?*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2016, 829 ss.

<sup>11</sup> Cass. Sez. Lav., sentenza 13.3.2017, n. 6413.