

Il rapporto di lavoro del medico convenzionato tra norme e sentenze

La concitata trattativa per il rinnovo convenzionale e la Riforma delle cure primarie, accende il dibattito e porta alla ribalta il delicato problema della natura giuridica del rapporto di lavoro del medico convenzionato che deve essere coerente con i compiti assegnati

Mauro Marin

*Direttore Distretto Sanitario
Urbano-Azienda per i Servizi Sanitari
Friuli Occidentale, Pordenone*

Il rapporto di lavoro tra medico convenzionato e Ssn si inquadra come lavoro para-subordinato, caratterizzato da una collaborazione coordinata e continuativa regolata dal diritto privato per cui eventuali controversie (art. 409 CPC) sono di competenza del giudice ordinario, secondo la sentenza della Quarta sezione del Consiglio di Stato n. 5176/2004 per la quale la competenza del TAR sussiste solo nella fase di stipula della convenzione tra medici e Asl in cui il medico può ricorrere al TAR per denunciare eventuali vizi o irregolarità nella formazione del contratto.

Questi principi sono stati ribaditi dalla Quinta sezione del Consiglio di Stato nella sentenza n. 1736/2011 secondo cui non è possibile trasformare il rapporto di lavoro convenzionato autonomo senza vincolo di subordinazione (art. 2.222 CC) in rapporto dipendente di pubblico impiego con vincolo di subordinazione (art. 2.094 CC), sebbene esso si concretizzi in una collaborazione coordinata e continuativa prevalentemente personale che definisce il lavoro para-subordinato (art. 409 CPC). Va rilevato che qualificare come autonomo nel contratto collettivo un lavoro che invece presenti di fatto nei contenuti (art. 2.071 CC) i caratteri più gravosi del lavoro subordinato è un atto illegittimo e contrario ai doveri d'ufficio in quanto di fatto elude inderogabili

obblighi di legge previdenziali e fiscali e viola diritti imperativi del lavoratore tutelati dall'art. 36 della Costituzione, come ad esempio quello delle ferie retribuite.

Nell'esame della natura giuridica del rapporto di lavoro sono rilevanti gli elementi sostanziali esecutivi del lavoro rispetto alla nominale qualificazione del tipo di lavoro data dai contraenti, secondo la sentenza n.13.858 del 15.06.2009 della Cassazione. Infatti l'art. 1362 CC afferma che nell'interpretare il contratto si deve indagare la comune intenzione delle parti, valutando il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto. Inoltre l'art. 1.414 CC afferma che il contratto dissimulato prevale su quello simulato.

Dunque il lavoro effettivo definisce il tipo di rapporto di lavoro e stabilisce di conseguenza quali sono doveri e diritti del lavoratore e del datore di lavoro.

A fronte della manifestata volontà negoziale delle parti di escludere la subordinazione, si deve verificare se ricorre un conforme comportamento da parte delle stesse, secondo la sentenza n. 9.045 del 20.04.2011 della Cassazione sezione Lavoro. La sottoposizione a direttive specifiche e reiterate sullo svolgimento dell'attività lavorativa, la stretta vigilanza sull'esecuzione delle prestazioni lavorative, l'obbligo di rispettare un orario o turni di reperibilità, la

pianificazione delle ferie, il versamento di una retribuzione mensile, svincolata dal raggiungimento di obiettivi o dalla realizzazione di progetti concreti sono criteri che si possono valutare come indizi di un vincolo di subordinazione al datore di lavoro.

Tuttavia la qualificazione di un rapporto di lavoro come subordinato o autonomo deve incentrarsi sulla verifica dell'assenza dell'organizzazione imprenditoriale e sull'assoggettamento al potere gerarchico del datore di lavoro, mentre una serie di altri indizi isolati quali l'obbligo di osservanza di un orario di lavoro e la cadenza fissa della retribuzione assumono natura sussidiaria e non decisiva, secondo la sentenza n. 9900 del 20 luglio 2003 della Cassazione.

502/92, modificato dai D.Lgs n.517\93 e n.229/99, ed integrato poi da differenti accordi collettivi regionali (Air) ai sensi della legge 18 ottobre 2001 n. 3 che ha attribuito alle Regioni potere legislativo in materia di salute. Va rilevato però che gli accordi regionali e aziendali possono integrare, ma non modificare le norme dell'accordo nazionale che sono imperative, secondo la sentenza del Giudice del Lavoro di Bologna n. 549/2003 depositata il 3 maggio 2004.

Quindi, in caso di controversie con la Asl, il Mmg con l'assistenza di un legale deve presentare ricorso al Giudice Ordinario del Lavoro presso il Tribunale locale (artt. 413-432 Cpc) eventualmente con la procedura d'urgenza di

cui all'art. 700 Cpc e non al TAR (TAR, legge n. 1034 del 1971) a cui competono le controversie solo nella fase di stipula della convenzione tra Asl e medici. Il ricorso al giudice ordinario deve essere preceduto da un tentativo obbligatorio di conciliazione presso la Commissione dell'Ispettorato del Lavoro locale (art. 410-412 Codice Procedura Civile).

L'Acn ha natura giuridica di regolamento e in quanto tale ha valore di legge solo tra i contraenti (art. 1.372 CC), ma non verso terzi e le sue norme contrattuali possono essere disapplicate dal giudice se risultano contrarie a norme di legge imperative sui regolamenti ai sensi dell'art. 4 "delle fonti del diritto" del codice civile.

► Leggi e sentenze

Il rapporto di lavoro del medico convenzionato è stato definito para-subordinato già dalla sentenza n. 2131 del 2 marzo 1987 della Cassazione a Sezioni Unite e poi dall'art. 1 del DPR 270\2000.

Per la Cassazione a Sezioni Unite i rapporti tra Asl e medico convenzionato sono disciplinati da un contratto di diritto privato (sentenza n. 16219/2001) per cui la Asl non può esercitare alcun potere autoritativo diretto sul medico convenzionato all'infuori di quello di sorveglianza (sentenze n.16219/2001, n. 813/1999, n. 10378/1996).

Agli effetti della legge civile, il Mmg è dunque un libero professionista incaricato di un pubblico servizio in base ad un Acn con la pubblica amministrazione, stipulato ai sensi dell'art. 8 del D.Lgs.

La peculiarità dell'Acn 2009

L'Acn 29 luglio 2009 non è solo un contratto di lavoro tra Parte pubblica e medici convenzionati, ma rappresenta anche la fonte normativa che regola i rapporti tra medici e assistiti del Ssn e che quindi fa sorgere una responsabilità contrattuale del medico direttamente verso gli assistiti ai sensi degli artt. 2222, 2229, 1176 e 2236 del codice civile.

L'obbligazione del medico verso il paziente deriva dal contatto sociale per cui sussiste responsabilità contrattuale nell'erogazione delle prestazioni anche in assenza di un contratto specifico tra medico e paziente, secondo la sentenza n. 19564/2004 della Cassazione Sezione Terza Civile.

La Cassazione Penale sez. IV con sentenza n. 44326 del 16 aprile 2003 afferma che la Asl non ha alcuna corresponsabilità civile nel danno causato dal medico convenzionato ai pazienti poiché il rapporto tra medico convenzionato e assistito del Ssn è improntato alla libera attività professionale e il potere della Asl di controllo sul contenuto dell'attività terapeutica svolta è definito "inesistente", non sussistendo un rapporto di servizio come nel pubblico impiego, con la conseguenza che eventuali danni derivanti sono cagionati nell'ambito di un "rapporto professionale sul quale l'Azienda non può interferire".

Va infine rilevato che il Mmg convenzionato agli effetti della legge penale è considerato un pubblico ufficiale (art. 357 CP), secondo la sentenza n.35836 del 01.10.2007 della Cassazione sezione Penale Sesta.