

I rapporti di somministrazione di lavoro in ambito sanitario. Un caso di stabilizzazione giudiziale

Autore: Tiziana Tagliatela

In: Giurisprudenza commentata

Commento alla ordinanza cautelare n. 16958 del 5 luglio 2019 del tribunale di napoli, giudice del lavoro, che con valutazione innovativa ha accolto il ricorso ex art 700 cpc per la stabilizzazione di una operatrice sanitaria con contratto di somministrazione, ai sensi degli art. 20 dlvo 75/2017; art 1 c. 543 legge 208/2015 ; art. 36 dlvo 165/2001; dlvo 276/2003; artt. 30 e 31 dlvo 81/2015; circolare madia n. 3/17.

Premessa

Con l' ordinanza cautelare n 16958 del 5 luglio 2019, il tribunale di napoli sez. Lavoro ha accolto il ricorso ex art. 700 cpc, proposto da una operatrice sanitaria di un'azienda ospedaliera campana che, in servizio in forza di contratti di somministrazione reiterati per 13 anni e poi assunta con contratto a tempo determinato dal luglio dell'anno 2018, era stata esclusa dalla procedura di stabilizzazione ex art. 20 dlgs 75/2017, in quanto ai fini del richiesto requisito dell'anzianità triennale di servizio al 31/12/2017 non erano stati ritenuti computabili i suoi pregressi rapporti di somministrazione, per effetto dell'esclusione della stabilizzazione per tali situazioni di precariato disposta dall' art. 20 comma 9.

Il giudice, nel ritenere la propria giurisdizione, vertendosi in ambito di procedure non comparative dei partecipanti, ha in merito ritenuto il diritto della ricorrente all'inserimento nell'elenco degli aventi titolo alla stabilizzazione del rapporto di lavoro, valutando determinante la specificazione della circolare n. 3/2017[1] per la quale nell'ambito delle procedure di stabilizzazione ex art. 20 del decreto madia troverebbe applicazione anche la procedura speciale per il personale del ssn prevista dall'art. 1 c. 543 della legge 208/2015[2] [3] , procedura che, a giudizio del tribunale di napoli, includerebbe anche i contratti di somministrazione, per effetto della valutazione espressa dalla nota del 16/10/2017 del capo dell'ufficio legislativo del ministero della salute (che a riscontro della richiesta di un consigliere regionale della campania ha ritenuto che tali figure rientrassero nella disciplina dell'art.1 c. 543 legge 208/2015, in quanto comprese nel novero dei contratti flessibili di cui all'art. 36 del dlgs 165/2001).

L'ordinanza, che ha avuto ampio risalto pubblicitario[4], precludendo ad un possibile effetto a cascata di richieste di stabilizzazioni nel settore sanitario, pur nella condivisibile opportunità di

adozione di una soluzione operativa a vantaggio di situazioni di disagio professionale, della tutela del lavoro e delle esigenze di garanzia dei livelli essenziali di prestazioni all'utenza, involge tuttavia, a sommo giudizio della scrivente, alcuni profili di criticità nei suoi presupposti di valutazione giuridico-ricostruttiva.

Volume dedicato

Considerazioni

Va premesso che il **rapporto di somministrazione**, figura introdotta in Italia dal d.lgs 10 settembre 2003, n. 276, sulla base della legge 14 febbraio 2003 n. 30 (legge Biagi), in sostituzione del precedente rapporto di lavoro c.d. Interinale istituito dalla legge n. 196/1997 (cd pacchetto Treu), è, ai sensi della normativa di riferimento (artt. 4-5 dlgs 276/03), un contratto, a tempo indeterminato o determinato, con il quale un'agenzia di somministrazione autorizzata mette a disposizione uno o più lavoratori suoi dipendenti, i quali per tutta la durata della missione svolgono la propria attività nell'interesse e sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore.

I lavoratori somministrati risultano alle dirette dipendenze dell'agenzia, titolare del contratto di lavoro, ma, al contempo, svolgono la propria concreta attività "nell'interesse, nonché sotto la direzione e il controllo" dell'utilizzatore (art. 30, d.lgs. N. 81/2015).

L'applicazione di tale istituto nell'ambito della **pubblica amministrazione ha nel tempo risentito dell'evoluzione dagli originari intendimenti di praticare processi di liberalizzazione e decentramento delle funzioni di intermediazione tra domanda e offerta di lavoro**[5], alla successiva constatazione dell'avvenuto abuso degli strumenti del lavoro flessibile[6], che ha comportato la prescrizione di una serie di limiti all'adozione di tali istituti nel sistema del pubblico impiego, evolutisi dalla possibilità di ricorrere per sole esigenze stagionali o per periodi non superiori a tre mesi (introdotta nell'art. 36 dlgs 165/2001 dall'art. 3 c. 79 legge 244/07), al successivo regime stabilito nell'articolo 36 per effetto dell'art. 9 dlgs 75/2017 (che ha limitato le forme contrattuali flessibili previste dal codice civile e dalle altre leggi sui rapporti di lavoro nell'impresa esclusivamente nei limiti e con le modalità in cui se ne preveda l'applicazione nelle amministrazioni pubbliche e soltanto per comprovate esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale e nel rispetto delle condizioni e modalità di reclutamento stabilite dall'articolo 35)[7].

L'art. 36 tupe prevede inoltre che i **contratti di somministrazione a tempo determinato** siano disciplinati dagli articoli 30 e seguenti del dlgs 81/2015, fatta salva la disciplina ulteriore dei contratti collettivi (art. 36 c. 2), altresì stabilendo che non si possa determinare la costituzione di rapporto di lavoro a tempo indeterminato con la p.a. in violazione delle disposizioni imperative sull'assunzione nel pubblico impiego.

Ancora, in specifico riferimento al contratto di somministrazione l'art. 31 del decreto 81/2015 pone poi un espresso divieto per le p.a. Salvo quanto contenuto nei tui, in quanto: "...4. Fermo quanto disposto dall'art. 36 del decreto legislativo 165/2001, la disciplina della somministrazione a tempo indeterminato non trova applicazione nei confronti delle pubbliche amministrazioni....".

Tale tipologia di contratto, è stata poi esclusa da alcune procedure di stabilizzazione, per effetto della peculiarità della permanenza del rapporto di lavoro con l'agenzia di somministrazione pur nell'ambito dell'inserimento del lavoratore nell'organizzazione amministrativa[8].

è evidente allora sia che in generale le **procedure di stabilizzazione del precariato**, configurando fattispecie derogatorie dei principi del t.u.p.i., hanno carattere del tutto eccezionale e di stretta interpretazione[9], come riconosciuto da costante giurisprudenza[10], sia che il combinato disposto degli artt. 36 tui ed art 31 comma 4 d.lvo 2015 n. 81 riconducano la sanatoria dei rapporti di somministrazione nel sistema sanitario ad una ipotesi ancor più peculiare ed atipica nell'ambito dei processi di stabilizzazione, che plausibilmente è ammessa solo nei casi espressamente previsti e giustificati da specifiche norme derogatorie e non da possibili interpretazioni estensive del disposto dell'art. 20.

Tanto premesso la pronuncia cautelare in oggetto risulta motivata su alcuni presupposti valutativi e su di una ricostruzione del dato normativo non condivisibili sia in riferimento al profilo testuale delle norme richiamate, sia in considerazione del sistema della gerarchia delle fonti.

Innanzitutto l'ordinanza omette del tutto di menzionare il disposto dell'art. 20 c. 9 dlgs 75/2017 (cd decreto madia), che **espressamente esclude i contratti di somministrazione dal novero dei rapporti flessibili oggetto di stabilizzazione ai sensi dello stesso articolo**[11]; limitazione che invece l'ordinanza menziona solo indirettamente in riferimento alla nota regionale che ha motivato l'esclusione in forza della precitata norma.

Omesso ogni riferimento al comma 9 dell'art. 20 del predetto decreto 75/2017, la pronuncia in esame esplicita invece il dettato dell'art. 20 c. 10[12], che ha ribadito l'applicazione dell'articolo 1 c. 543 legge 208/2015 in favore del personale sanitario, prorogando i termini di scadenza di tale peculiare procedura di stabilizzazione. Poichè la norma del precitato articolo 1 c. 543 è applicabile ai contratti di somministrazione in ambito sanitario (ma non la proroga ed decreto 75/2017), la mancata considerazione della preclusione disposta dall'art. 20 c. 9 ha consentito di considerare erroneamente inclusi nella stabilizzazione in ambito sanitario ex lege 208/2015 (come prorogata ex art. 20 dlgs 75/2017) anche i contratti di somministrazione, che invece ne sono esclusi proprio in forza dello stessa norma di proroga.

Ancora si evidenzia come la pronuncia in esame richiami il punto 3.2.8. Della circolare ministeriale 3/2017 a fondamento dell'asserita applicazione anche ai rapporti di somministrazione della procedura di stabilizzazione prevista per il personale sanitario dall'art. 1 c. 543 legge 208/2017 e considerata dallo stesso articolo 20 come alternativa alla sanatoria ivi disciplinata, omettendo tuttavia di operare ogni

riferimento al capoverso 3.2.1. Della stessa circolare, che invece espressamente ribadisce, ai sensi del comma 9 dell'art. 20, l'esclusione dell'applicazione dell'intera disciplina dell'art. 20 (e della procedura ex legge 207/15 così come prorogata dallo stesso articolo) ai rapporti di somministrazione.

Cosicché, in forza dell'esplicita autolimitazione della portata dispositiva dell'art. 20, i rapporti di somministrazione in corso, regolati dall'art. 1 c. 543 legge 208/2015, sono esclusi dai processi di stabilizzazione del decreto madia e quindi anche dalla proroga dei termini disposta dal comma 10 dello stesso articolo 20, che invece è efficace per la stabilizzazione di tutti gli altri rapporti di impiego flessibile in ambito sanitario.

è quindi solo il caso di evidenziare che la prospettata tesi della proroga dei termini per le stabilizzazioni nel ssn disposta dall'art. 20, se costruita in forza dell'obnubilamento delle limitazioni tipologiche stabilite da tale articolo, porterebbe all'assurdo postulato di una norma vigente ad effetti alternati, cioè applicabile solo relativamente al comma 10 ai fini della proroga delle procedure concorsuali ex lege 208/15 per la stabilizzazione del personale sanitario in rapporto di somministrazione, e non in riferimento al comma 9, che invece esclude proprie tali categorie dalle procedure eccezionali di stabilizzazione (e quindi dalla stessa proroga).

L'espressa inapplicabilità della stabilizzazione in oggetto al personale sanitario in regime di somministrazione (e quindi anche dell'inapplicabilità a tali rapporti della procedura di stabilizzazione ex legge 208/2015 come prorogata nei suoi termini di vigenza) è peraltro, come detto, non solo testualmente sancita dal comma 10 dell'articolo 20, ma anche proprio dalla circolare 3/2017, posta invece dall'ordinanza in oggetto a preteso fondamento di tale inesistente estensione.

A fronte del dato testuale di tale esclusione non sembra pertanto assumere particolare rilievo giuridico ed argomentativo la circostanza che i rapporti di somministrazione sarebbero comunque inclusi nel novero delle fattispecie di lavoro flessibile previste dall'art. 36 dlgs 165/2001, come dedotto nella nota del ministero della sanità, posta a fondamento dell'avviso espresso dal giudice del lavoro.

Difatti tale previsione del t.u.p.i pone una disciplina limitativa del ricorso ai rapporti cd flessibili, che ben può coesistere con la successiva norma eccezionale dell'art. 20 dlgs 75/2017, che, volta alla stabilizzazione dei rapporti di precariato già stipulati ed in corso, espressamente esclude quelli di somministrazione da tale sanatoria.

Nè peraltro la normativa eccezionale e derogatoria dell'articolo 20 può essere integrata nel suo ambito applicativo per effetto dell'interpretazione *contra legem* operata da una mera missiva ministeriale, priva di alcuna valenza normativa e derogatoria.

Ma l'impossibilità di applicare la procedura ex art. 1 c. 543 legge 208/2015 (insieme a quella dello stesso articolo 20) ai contratti di somministrazione sanitaria, oltre che, come visto, testualmente sancita, è anche del tutto giustificata dal sistema della gerarchia delle fonti.

Ed invero la normativa sul pubblico impiego, dell'art. 36 tupe, nella ribadita istituzionale prevalenza delle assunzioni a tempo indeterminato, limita il ricorso al lavoro flessibile esclusivamente alle esigenze di carattere temporaneo o eccezionale, escludendo altresì la costituzione di rapporto di lavoro a tempo indeterminato con la p.a. determinatisi in violazione delle disposizioni imperative sull'assunzione nel pubblico impiego. Ai sensi dell'art. 1 c. 3 le previsioni del dlgs 165/2001 costituiscono poi “**principi fondamentali ai sensi dell'articolo 117 della costituzione**”, rispetto alle quali le norme sulla stabilizzazione possono disciplinare limitate deroghe, espressamente previste e specificamente determinate[13].

Per quanto esposto suscita allora perplessità che i principi generale del dlgs 165/2001, derogati per effetti limitati dall'art. 20 del dlgs 75/2017, possano essere ulteriormente derogati da un'interpretazione estensiva di tale ultima norma, asseritamente recata dalla circolare 3/2017 in favore di una argomentata stabilizzazione dei rapporti di somministrazione nel ssn[14]. Tale effetto estensivo è poi a maggior ragione escluso se si considera che dall'analisi complessiva del testo della stessa circolare si evince peraltro che la previsione di proroga dei termini per le procedure speciali di stabilizzazione nei servizi sanitari ex art. 1 c. 543 legge 208/2015 è comunque ritenuta testualmente inapplicabile ai rapporti di somministrazione dal capoverso 2.3.1 di tale atto, in totale (e peraltro obbligata) conformità con la esclusione recata dall'art. 20.

Un'interpretazione operata dalla circolare in favore di un'applicazione dell'art. 1 c. 543 legge 208/15 in favore dei rapporti di somministrazione e nell'ambito della stabilizzazione prevista dall'art. 20 dlgs 75/2017 è quindi non solo da escludersi in forza dell'espressa disposizione dello stesso capoverso 3.2.1 di tale circolare e del comma 9 dell'articolo 20, ma sarebbe altresì fondata su di un effetto estensivo/derogatorio dell'art. 20 che, recato da una circolare ministeriale, mero atto amministrativo di carattere interno[15], non potrebbe disporre contra legem ampliando il novero dei beneficiari previsti da una norma già eccezionale e di stretta interpretazione.

In definitiva si ritiene che una eventuale opportuna stabilizzazione di personale essenziale al ssn non potrebbe comunque prescindere dall'obbligato coordinamento dell'art. 1 c. 543 legge 208/2015 con il comma 9 dello stesso articolo 20 del dlgs 75/2017, mentre la asserita applicabilità della procedura per il personale sanitario ex lege 208/2015 ai rapporti di somministrazione dovrebbe essere necessariamente motivata da rilievi giuridici diversi dall'attribuzione alla circolare 3/2017 di pretesi effetti estensivi.

La sanatoria di lavoratori di pregiata professionalità e di necessaria inclusione ai fini del mantenimento dell'efficiente erogazione dei servizi sanitari è quindi del tutto auspicabile, ma dovrebbe avvenire attraverso meccanismi non riconducibili alle normative sopra richiamate, i cui presupposti e cardini strutturali/motivazionali configgono con qualsivoglia ipotesi di definitivizzazione del rapporto di noleggio di personale.

Volume consigliato

Note

[1] La Circolare “Madaia” 3/2017, recante “indirizzi operativi in materia di valorizzazione dell’esperienza professionale del personale con contratto di lavoro flessibile e superamento del precariato”, ha chiarito al paragrafo 3.2.1. AMBITO DI APPLICAZIONE, penultimo capoverso che: “ Sono esclusi dall’applicazione dell’articolo 20, per espressa previsione dell’articolo medesimo:.....: i contratti di somministrazione di lavoro presso le pubbliche amministrazioni (comma 9)” mentre al paragrafo 3.2.8. ENTI DEL SERVIZIO SANITARIO NAZIONALE ha previsto che: “I commi 1 e 2 dell’articolo 20 si applicano a tutto il personale degli Enti del Servizio Sanitario Nazionale con le stesse modalità previste per il restante personale, salvo le specificità che seguono: - per il personale medico, tecnico-professionale e infermieristico del Servizio sanitario nazionale, dirigenziale e non, continuano anche ad applicarsi le disposizioni di cui all’articolo 1, comma 543, della legge 208/2015, la cui efficacia è prorogata al 31 dicembre 2018 per l’indizione delle procedure concorsuali straordinarie, al 31 dicembre 2019 per la loro conclusione, e al 31 ottobre 2018 per la stipula di nuovi contratti di lavoro flessibile ai sensi dell’articolo 1, comma 542, della stessa legge 208/2015; - per il suddetto personale, in quanto personale direttamente adibito allo svolgimento delle attività che rispondono all’esigenza, prescritta dalla norma, di assicurare la continuità nell’erogazione dei servizi sanitari, è consentito il ricorso anche alle procedure di cui all’articolo 20 e, per il personale tecnico professionale e infermieristico, il requisito del periodo di tre anni di lavoro negli ultimi otto anni, previsto dall’articolo 20, commi 1 lettera c) e 2, lettera b), può essere conseguito anche presso diverse amministrazioni del Servizio sanitario nazionale. Infine si precisa che l’art. 20 è applicabile anche agli IRCSS e agli IZS”

[2] Art. 1, comma 543 legge 208/2015. “In deroga a quanto previsto dal decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 6 marzo 2015, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 94 del 23 aprile 2015, in attuazione dell’articolo 4, comma 10, del decreto-legge 31 agosto 2013, n. 101, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 ottobre 2013, n. 125, gli enti del Servizio sanitario nazionale possono indire, entro il 31 dicembre 2016, e concludere, entro il 31 dicembre 2017, procedure concorsuali straordinarie per l’assunzione di personale medico, tecnico-professionale e infermieristico, necessario a far fronte alle eventuali esigenze assunzionali emerse in relazione alle valutazioni operate nel piano di fabbisogno del personale secondo quanto previsto dal comma 541. Nell’ambito delle medesime procedure concorsuali, gli enti del Servizio sanitario nazionale possono riservare i posti disponibili, nella misura massima del 50 per cento, al personale medico, tecnico-professionale e infermieristico in servizio alla data di entrata in vigore della presente legge, che abbia maturato alla data di pubblicazione del bando almeno tre anni di servizio, anche non continuativi, negli ultimi cinque anni con contratti a tempo determinato, con contratti di collaborazione coordinata e continuativa o con altre forme di rapporto di lavoro flessibile con i medesimi enti.”

[3] Cfr. Ordinanza Tribunale di Napoli: “.....il ministero vuole ricordare che, oltre all’art. 20 D.lgs 75/2017, per procedere alla stabilizzazione del personale del Ssn, si deve applicare anche il comma 543 art 1 della Legge 208/2015”

[4] E. Mautone, 8/7/2019, Stabilizzazioni. Il giudice del lavoro apre al lavoro interinale. Ordinanza cautelare, ora si attende il merito; Quotidiano Sanità, 8/7/2019, http://www.quotidianosanita.it/regioni-e-asl/articolo.php?articolo_id=75604.

Corriere del Mezzogiorno, Interinali sanità, Uil: «Positiva la decisione sulla stabilizzazione» 5/7/2019. https://corrieredelmezzogiorno.corriere.it/napoli/cronaca/19_luglio_05/interinali-sanita-uil-positiv-a-decisione-stabilizzazione-5b5cfd2-9f36-11e9-a7c9-4d5ed6856c1c.shtml

[5] Cfr. Introduzione del Ministro della Funzione Pubblica Mario Baccini al volume: La somministrazione del lavoro temporaneo nelle pubbliche amministrazioni, Dipartimento della Funzione Pubblica, 2005 - https://ebitemp.it/sito-archeologico/files/somministrazione_pa_2005.pdf

[6] Cfr. Si confronti la Circolare 3/2008 cap. 2 che, in riferimento alla modifica dell'art. 36 dlgs 165/01 introdotta dall'art. 3 c. 79 della legge 244/2007 ha esplicitato: “...la disposizione nasce come reazione al contesto storico caratterizzato dall'emergenza del fenomeno del precariato causato, come più volte ripetuto, dal degenerato uso del lavoro flessibile, utilizzato anche come strumento per eludere il principio costituzionale della concorsualità, che rappresenta la regola primaria in materia di accesso nella pubblica amministrazione”.

[7] G. Fontana, La strana storia delle stabilizzazioni dei lavoratori precari nel settore pubblico, Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni, Giappichelli, 2/2018; http://www.lavoropubblicheamministrazioni.it/stabilizzazioni_lavoratori_precari_nel_settore_pubblico .

[8] Si confronti in tal senso il capoverso 3 della Direttiva n. 7/2007 del Ministro per le Riforme e le Innovazioni nella pubblica amministrazione, riguardante l'applicazione dei commi 519, 520, 529 e 940 dell'art. 1 della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria per l'anno 2007) in materia di stabilizzazione: “ Sono, altresì, da ritenersi esclusi i lavoratori in somministrazione utilizzati da pubbliche amministrazioni in quanto il contratto di lavoro, in forza del quale gli stessi effettuano temporaneamente la prestazione lavorativa presso un soggetto terzo, viene stipulato con l'Agenzia di somministrazione della quale i medesimi sono dipendenti”

[9] **P.Monea, Enti locali e stabilizzazioni nel pubblico impiego tra aspetti pubblicistici e privatistici. Lexitalia 1/2018, <https://www.lexitalia.it/a/2018/994> <https://www.lexitalia.it/a/2018/99479> 79**

[10] Consiglio Stato, Sezione III, Sentenza 11 dicembre 2012, n. 6341 “vertendosi in tema di processo di stabilizzazione del personale precario, la relativa normativa, in quanto dettata sia pure in

parziale deroga al principio costituzionale del pubblico concorso per accedere ai pubblici uffici, deve considerarsi di stretta interpretazione ed applicazione”; Consiglio di stato, Sezione VI, Ordinanza 13/5/2008.

[11] Art. 20 c. 9 dlgs 75/2017: “Il presente articolo non si applica al reclutamento del personale docente, educativo e amministrativo, tecnico e ausiliario (ATA) presso le istituzioni scolastiche ed educative statali. Fino all'adozione del regolamento di cui all'articolo 2, comma 7, lettera e), della legge 21 dicembre 1999, n. 508, le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano alle Istituzioni dell'alta formazione artistica, musicale e coreutica. I commi 5 e 6 del presente articolo non si applicano agli enti pubblici di ricerca di cui al decreto legislativo 25 novembre 2016, n. 218. Il presente articolo non si applica altresì ai contratti di somministrazione di lavoro presso le pubbliche amministrazioni. Per i predetti enti pubblici di ricerca il comma 2 si applica anche ai titolari di assegni di ricerca in possesso dei requisiti ivi previsti”

[12] Art. 20 comma 10 dlgs 75 del 25/5/2017: “Per il personale medico, tecnico-professionale e infermieristico del Servizio sanitario nazionale, continuano ad applicarsi le disposizioni di cui all'articolo 1, comma 543, della legge 28 dicembre 2015, n. 208, la cui efficacia è prorogata al 31 dicembre 2018 per l'indizione delle procedure concorsuali straordinarie, al 31 dicembre 2019 per la loro conclusione, e al 31 ottobre 2018 per la stipula di nuovi contratti di lavoro flessibile ai sensi dell'articolo 1, comma 542, della legge 28 dicembre 2015, n. 208 ”

[13] L. Olivieri, Si scrive stabilizzazione, si legge sanatoria, 27.08.2013, <https://www.lavoce.info/archives/12164/si-scrive-stabilizzazione-si-legge-sanatoria/>

[14] Sulle perplessità determinate dalla Circolare 3/2017 cfr. G. Fontana, La strana storia delle stabilizzazioni dei lavoratori precari nel settore pubblico, cit.

[15] Cassazione Civile S.U. n. 23031 del 2/11/2007: “le circolari, come è stato affermato dalla dottrina prevalente, non possono nè contenere disposizioni derogative di norme di legge, nè essere considerate alla stregua di norme regolamentari vere e proprie, che, come tali vincolano tutti i soggetti dell'ordinamento, essendo dotate di efficacia esclusivamente interna nell'ambito dell'amministrazione all'interno della quale sono emesse.

<https://www.diritto.it/i-rapporti-di-somministrazione-di-lavoro-in-ambito-sanitario-un-caso-di-stabilizzazione-e-giudiziale/>