

OGGETTO: **Risposta parere su attività professionale infermieristica presso case di cura.**

In corredo alla richiesta di parere, relativo alle modalità organizzative del lavoro di infermieri non dipendenti dalle case di cura di concerto con quelli invece dalle stesse assunti e dei conseguenti profili di legittimità sul piano gius-lavoristico, il Collegio IPASVI della provincia di Brescia dopo acquisizione di parere del proprio Consulente Legale formula la seguente risposta.

PARERE

La questione viene posta in riferimento a quattro diverse tipologie di integrazione del personale infermieristico interno all'Ente, che per chiarezza debbono essere analizzate distintamente.

Orbene, il quesito pone tre casi in parte omogenei caratterizzati dalla compresenza di infermieri esterni e "strutturati" ed un quarto caso ove si ipotizza la sola presenza di professionisti esterni che coprono tutti i turni di servizio.

Va però tenuto presente che in quasi tutte le ipotesi configurate aleggia un equivoco di fondo, che sta a monte rispetto alla questione del mero rischio di vertenza per il riconoscimento della natura subordinata del rapporto: tutte le volte in cui la prestazione meramente intellettuale viene fornita con l'intermediazione (ed il lucro) di un terzo (società cooperativa e non, impresario, procacciatore di infermieri, etc.,) si ricade quasi sempre nell'odioso ed illegale fenomeno del caporalato.

Infatti; va ricordato che la presenza di un terzo inserito tra il prestatore d'opera e l'utilizzatore della prestazione è possibile solo nei casi tassativamente previsti dalla legge e cioè: A) **Lavoro interinale** ipotesi residuale, oggi praticata solo per le pubbliche amministrazioni. In forza di tale norma, l'intermediazione di manodopera può essere praticata solo da speciali società autorizzate dal governo (c.d. società interinali). Diversamente è inevitabile la ricaduta nel reato di intermediazione di manodopera di cui alla legge n. 1369/60, che prevede sanzioni penali ; B) **Somministrazione di lavoro**. Introdotta dalla c.d. legge Biagi (D.Lgs. n.276/03), che presuppone in capo al somministratore (*alias*, intermediario) un decreto autorizzatorio da parte del Ministro, in difetto del quale scatta la sanzione penale, fino all'arresto in taluni casi di recidiva.

Purtroppo, va registrato che la pressoché totalità degli attuali "intermediatori di fatto" presenti sul territorio non appartiene a nessuna delle due categorie di intermediari di cui sopra e pertanto operano nella illegalità.

Passiamo ora alle specifiche domande di cui a quesito.

"1. *Affidamento di turni di servizio a liberi professionisti esterni, individualisti o membri di uno studio associato oppure ancora che "...abbiano con lo studio associato un rapporto libero professionale", sotto il coordinamento di una caposala e di concerto con personale dipendente;*

"2. *Medesima fattispecie di cui sopra, ma con la variante che i liberi professionisti siano "...in rapporto diretto con la casa di cura".*

Le due ipotesi presentate paiono scevere da profili di illiceità sulla scelta dei fornitori esterni da parte della casa di cura, realizzandosi in entrambe quel rapporto diretto tra professionista e committente (*intuitus personae*) che viene ritenuto auspicabile dal codice(artt 2229,ss.) e dalla deontologia di settore (*Norme di comportamento nell'esercizio libero professionale- Fed. Naz. IPASVI*), in materia di prestazioni d'opera intellettuale.

Da questo profilo, la forma "studio associato" è del tutto assimilabile, sia dal punto di vista contrattuale che da quello fiscale, al singolo professionista, costituendo esso una semplice aggregazione di singoli che non perdono la loro individualità nei confronti del committente.

Non si comprende però, per le medesime ragioni, il significato di quell' "*avere con lo studio associato un rapporto libero professionale*", visto che i membri dello studio dovrebbero avere il loro rapporto professionale direttamente con il cliente / committente: i soci di uno studio associato

sono, appunto, lo studio stesso con il quale hanno una totale immedesimazione che caratterizza il rapporto associativo. Le sostituzioni e/o integrazioni "al bisogno" richieste a professionisti esterni, quindi, dovrebbero costituire eccezione alla regola.

Non si vorrebbe, infatti, che la sproporzione tra il numero di soci ufficiali e la quantità di prestazioni prodotte finisse per denotare una furba forma di intermediazione sotto mentite spoglie; dove la personalità ed autonomia professionale perirebbero sotto il "fuoco amico" del caporal/collega...

"3. Affidamento di turni di servizio ...ad una cooperativa della quale gli infermieri sono soci..."

Ad oggi nel nostro ordinamento non esiste la possibilità di esercitare la attività infermieristica professionale nella forma della società di capitali, sia essa o meno società cooperativa (si ricordi che le cooperative sono perlopiù s.r.l, quindi società di capitali...).

Come possibile scappatoia, la dottrina, taluna giurisprudenza e la regolamentazione professionale (regolamento IPASVI su forme di esercizio) hanno riconosciuto la possibilità per i professionisti sanitari di organizzare la propria attività unicamente in forma di cooperativa sociale di tipo A (ex art.10, legge 381/91). Quindi delle due l'una: o i soci della cooperativa sono tutti o in grandissima prevalenza. infermieri, e l'oggetto sociale della società è quindi la prestazione sanitaria propria al pari di uno studio associato; oppure, nelle società coop. ad oggetto sociale ampio (del tipo "dalla pizza all'infermiere, dal burro ai cannoni..."), gli infermieri sono dipendenti quali soci-lavoratori e allora lavorano direttamente per i soci della cooperativa stessa e non per terzi. In caso contrario ben può configurarsi l'intermediazione di manodopera, soprattutto se viene accertato un lucro parassitario da parte della cooperativa. nel fornire a pagamento le prestazioni dei propri dipendenti a terzi (con il naturale ricarico che dà ragione di esistere al meccanismo).

Unica eccezione - secondo unanime parere sia ministeriale che giurisprudenziale - il caso in cui la cooperativa sociale gestisca con proprio rischio ed integralmente una intera struttura. sanitaria..

"...oppure hanno un rapporto libero professionale con la cooperativa"

La dicitura non ha senso. una volta definito il concetto di "attività libero professionale".

Infatti, se il cliente fruitore cui l'infermiere deve fatturare (p.s.: i liberi professionisti fatturano, n. d. r.) è la cooperativa stessa (ovvero, i suoi soci), *nulla quaestio*. Se invece la prestazione è svolta a favore di terzi, i quali retribuiscono non il professionista (o i professionisti) direttamente, ma bensì la coop sociale che fa da intermediaria, si ricade nelle osservazioni di cui sopra e comunque difficilmente può parlarsi di rapporto libero professionale, come fa il quesito.

P.S. Sempre naturalmente fatta salva l'ipotesi in cui sia la Coop. Soc. stessa a porsi come "imprenditore sanitario", gestendo con propri mezzi ed organizzazione una intera struttura o reparto. Ma in tal caso, evidentemente, non di liberi professionisti si tratta, ma di dipendenti a tutti gli effetti.

"4- Affidamento...a personale infermieristico in un reparto senza "strutturati", con sola sottoposizione alle direttive organizzative della direzione di reparto."

Per tutte le ragioni sopra viste, questa formula pare la più sicura sul piano legale. Infatti, tale soluzione, che di solito ha forma di "convenzione a progetto" per un certo periodo rinnovabile, è quella che più garantisce l'autonomia professionale degli infermieri ingaggiati, ancorando le loro responsabilità non ad un contratto di lavoro stipulato con terzi, ma ai risultati professionali da loro stessi elargiti al committente. Nulla di diverso se anziché di una pluralità casuale di singoli professionisti, la casa di cura preferisce rivolgersi ad una compagine professionale

già esistente, purché questa sia realmente fatta tra professionisti e non funga invece, come si diceva sopra, da mera agenzia di collocamento.

Una volta operata a monte la corretta scelta dell'interlocutore negoziale, meno preoccupante appare, a parere di chi scrive, il secondo problema prospettato nel quesito, cioè quello della possibile (in astratto) configurabilità di un rapporto di lavoro subordinato *tout court*, contro ed a prescindere dalle apparenze giuridiche volute creare dalle parti stipulanti.

Infatti, sulla questione la giurisprudenza lavoristica più recente e la dottrina dominante hanno avuto modo di precisare che nel contratto d'opera; a differenza che in quello di lavoro subordinato, vige una presunzione di pariteticità ed autonomia delle parti negoziali, le quali ben possono concordare liberamente modalità di esecuzione delle prestazioni, ispirate alle più varie esigenze. In tale ottica, neppure l'orario fisso, la bollatura o i turni programmati sono da soli sintomatici di un rapporto dipendente dissimulato, ma occorre anche la simultanea compresenza di una pluralità di altri indicatori, quali: la effettiva subordinazione gerarchica (ulteriore rispetto alla mera accettazione di protocolli operativi o linee guida), il potere disciplinare del datore, la applicazione di istituti tipici del CCNL, etc. (per tutte, vedi: *Cassazione civile, sez. lav., 13 maggio 2004, n. 9151; Corte appello Torino, 16 luglio 2003; Tribunale Milano, 26 marzo 1991*).

Quanto sopra chiarito. è però evidente che la soluzione certamente più "blindata" , per quel che ci interessa, consiste nella rigorosa scelta di interlocutori conclamatamente liberi professionisti, per i quali ben si potrà invocare la libera auto-determinazione e auto-sottoposizione a determinate regole organizzative aziendali.

Diversamente, l'autonomia negoziale dell'interlocutore/venditore di servizi infermieristici altrui, ancorché esistente; non solo nulla apporta, ma anzi "rema contro" la tesi della libertà negoziale del professionista interessato. Cosicché, riuscendo a dimostrare la subordinazione di fatto del lavoratore, scatterebbe immediatamente il meccanismo sanzionatorio della somministrazione di lavoro non autorizzata, che, oltre alle sanzioni penali già dette, comportano non lievi conseguenze civilistiche e patrimoniali all'utilizzatore. Infatti, l'art. 27 del decreto Biagi, sulla falsariga di quanto già prevedeva il divieto di intermediazione di manodopera, prevede che:

"...Quando la somministrazione di lavoro avvenga al di fuori dei limiti..., il lavoratore può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell'articolo 414 del codice di procedura civile, notificato anche soltanto al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo con effetto dall'inizio della somministrazione".

Atteso quanto sopra, non si condividono talune delle asserzioni contenute nel parere dell'Ufficio Lavoro e Rel. Sindacali dell'ARIS, circa il presunto alto tasso di rischio che ricorrerebbe nella adozione di forme di collaborazione diverse dalla somministrazione di lavoro.

Anzi, si ritiene che, per la natura intellettuale delle prestazioni di cui trattasi e per la spiccata natura fiduciaria. che caratterizza i servizi alla salute, la somministrazione di lavoro sia la pratica meno indicata, soprattutto allorquando non si tratti di incarichi che coinvolgano professionisti in numero superiore ad alcune decine.

Migliore si è rivelato nella prassi il contratto d'opera in convenzione o " a progetto" (all'interno del quale certamente possono anche essere fissati turni; orari, obblighi di rendicontazione, etc., nei termini suddetti) con i professionisti (o loro sodalizi giuridicamente leciti, corre visto dianzi) direttamente interessati.