

TRIBUNALE DI ROMA

SEZIONE III CONTROVERSIE DI LAVORO

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

R.Gen.

Dispositivo n.

Il Giudice Designato dott. Eliana Pacia, nella causa

TRA

, rappr.to e difeso dall'Avv.to
M. Pallini, F. Nasso e S. Faraci ed elettivamente domiciliata
presso gli stessi in Roma, via M. Prestinari n. 13, in virtù di
mandato a margine del ricorso

RICORRENTE

E



AZIENDA OSPEDALIERA in
persona del legale rapp.te pro tempore, rapp.ta e difesa
dall'Avv.to G. Fratto ed E. Mammone e V. Gambardella, ed
elettivamente domiciliata presso gli stessi in Roma, circ.ne
Gianicolense n. 87 per procura in calce alla memoria

RESISTENTE

E

INPS, in persona del legale rapp.te pro tempore, rapp.ta e difesa
dall'Avv.to E. A. Vita Sciplino, A. Sgroi, C. D'Aloisio e E. De Rose G.
Matano ed elettivamente domiciliata presso gli stessi in Roma, via C.
Beccaria n. 29 per procura generale notarile alle liti.

RESISTENTE

All'udienza del 29.3.2018 ha pronunciato il seguente dispositivo e

SENTENZA:



Disattesa ogni altra istanza, dichiara il diritto del ricorrente al corrispettivo ai sensi degli artt. 2225 e 2233 c.c. e per l'effetto condanna l'Azienda ospedaliera parte convenuta al pagamento della somma di euro 93284,89 a titolo di indennizzo ai sensi dell'art. 2041 c.c. per il periodo a decorrere dal 27.1.2011 sino alla cessazione della collaborazione e dichiara prescritti i crediti vantati per il periodo sino al 26.1.2011; respinge per il resto il ricorso;
compensa le spese di lite tra le parti limitatamente ai $\frac{3}{4}$ ponendo il restante $\frac{1}{4}$ a carico delle parti convenute in solido liquidando le spese di lite per l'intero in euro 4300, 00 di cui euro 2300,00 per compensi professionali, oltre spese generali, IVA e CPA come per legge.

Roma, il 29.3.2018

Il Giudice Designato
Dott.ssa Eliana Pacia

RAGIONI IN FATTO

Con ricorso ritualmente notificato alla parte convenuta il ricorrente esponeva di aver svolto attività di lavoro subordinato in qualità di medico specializzato in chirurgia generale, alle dipendenze dell'azienda sanitaria , parte convenuta svolgendo mansioni di medico presso la U.O. di Colonproctologia dell'ospedale. In particolare egli affermava di aver inizialmente frequentato tale reparto in qualità di medico specializzando e che poi dal novembre del 2005, aveva frequentato il reparto in via continuativa per 10 anni, sino al mese di maggio del 2015. Specificava che formalmente il rapporto di lavoro veniva qualificato come frequenza volontaria, ai sensi e per gli effetti del R.D. n. 1631 del 1938; per contro deduceva che la sua attività aveva assunto le caratteristiche della subordinazione, osservando le direttive a lui impartite dal primario, dr. e dalla direzione sanitaria, lavorando a tempo pieno per 5 giorni a settimana, dal lunedì al venerdì, svolgendo sia lavoro presso l'ambulatorio, sia in sala operatoria, ove egli lavorava sia come aiuto che come primo operatore. Specificava di aver dovuto garantire la reperibilità nei giorni di sabato e di domenica, in media 3 volte al mese; di aver goduto di ferie nei giorni coincidenti con le festività natalizie e nel mese di agosto, mentre al di fuori di tali periodi egli era tenuto a concordare le assenze con il personale medico. In rarissime occasioni nelle quali egli era restato assente egli era tenuto ad avvisare preventivamente il primario. Inoltre deduceva di essere stato inserito settimanalmente nei turni di ambulatorio e di sala operatoria, al pari dei medici strutturati, dr.ri e di essere in possesso dell'ID e della password per accedere al sistema informatico del per compilare le relazioni sugli interventi chirurgici espletati; aveva altresì partecipato all'attività scientifica dell'ospedale,



collaborando a varie pubblicazioni come da documenti in atti. Precisava che dal 2004 sino al 2009 la U.O. era formata come personale medico, dal primario dr. [redacted] e da lui medesimo; dal 2009 era sopraggiunta anche la [redacted]; durante l'assenza della stessa il reparto viene gestito da lui e dal primario. Lamentava che nonostante avesse lavorato con pieno inserimento nella struttura dell'unità organizzativa indicata e nonostante le richieste anche avanzate dal primario per bandire i concorsi ovvero per regolarizzare in modo diverso il suo inserimento nell'ospedale, non vi era stato alcun riscontro da parte dell'azienda; affermava che egli a maggio del 2015 informava il dr. [redacted] che avrebbe lasciato la struttura. Egli lamentava di non aver mai percepito alcunché per l'attività solta e deduceva la natura subordinata del rapporto di lavoro e chiedeva accertarsi che tra le parti era intercorso un rapporto di natura subordinata dal novembre 2005 al maggio 2015 rivendicando il trattamento retributivo per l'intero periodo, parametrato a quello del dirigente medico di cui al CCNL dirigenti sanitari, deduceva di vantare un credito di euro 678.769,26 oltre al risarcimento del danno futuro dal 1.3.2015 sino alla data del pensionamento e quindi ino al 1.3.2018, pari ad euro 243.711,00. Affermava sussistere altresì un danno di natura pensionistica sino alla data statistica di fine vita, ai sensi dell'art.2116 c.c. dalla data presunta del pensionamento di vecchiaia del 1.3.2018 sino a fine vita pari ad euro circa 740.301,00 oltre interessi dal 1.3.2005, oltre oneri contributivi pari ad euro 200.903,00; in via subordinata nel caso in cui non fosse riconoscibile un danno futuro, chiedeva liquidarsi un importo da parametrarsi sull'art. 18 legge n.300\1970 ovvero in 15 mensilità, pari a complessivi euro 75842,25.

In subordine all'accertamento della natura subordinata del rapporto egli invocava l'applicazione dell'art. 2126 c.c. trattandosi di rapporto di lavoro del pubblico impiego nullo per violazione delle norme imperative, quale rapporto di lavoro pubblico di fatto non assistito da un regolare atto di nomina, ovvero ancora rivendicava la corresponsione dell'indennizzo di cui all'art. 2041 c.c. in ogni caso paria complessivi euro 879672,26, pari alle retribuzioni calcolate per il periodo di lavoro dedotto in ricorso oltre euro 200903,00 per risarcimento del danno previdenziale; affermava altresì il diritto alla costituzione della rendita vitalizia ai sensi dell'art. 13 legge n. 1338\1962: in ulteriore subordine deduceva che in caso di mancato accertamento del lavoro subordinato, il rapporto doveva configurarsi alla stregua di una collaborazione coordinata e continuativa, con diritto a percepire ugualmente l'importo sopra indicato, compreso il risarcimento del danno da mancata continuazione ed in subordine, anche ai sensi dell'art. 2041 c.c.

Tanto premesso egli concludeva come da verbale di udienza.

Instauratosi il contraddittorio si costituiva l'Azienda ospedaliera eccependo l'estinzione del diritto per prescrizione triennale ai sensi dell'art. 2956 c.c. comma 1 e 2; in alternativa eccepiva la prescrizione di cui all'art. 2948 n. 4 c.c.; deduceva l'insussistenza del rapporto di lavoro subordinato avendo egli svolto l'attività lavorativa come medico volontario ai sensi del r.d. n. 1631\1938 e quale mero frequentatore egli era consapevole di non avere diritto ad alcun tipo di retribuzione e/o compenso così come ben poteva rifiutarsi di svolgere la sua prestazione. Poiché si trattava di rapporto di lavoro con la P.A., in assenza di contratto scritto ad



substantiam il rapporto doveva ritenersi nullo e non trovava applicazione la norma di cui all'art. 2126 c.c., che poteva essere invocato solo in caso di annullamento di negozio precedentemente stipulato, in applicazione dell'art. 36 del dlgs n. 165/2001; in ogni caso contestava la sussistenza dei presupposti per la subordinazione non essendo egli assoggettato a vincoli di orari, a direttive o al potere disciplinare o di controllo, essendo invece la sua presenza ricollegata al fine del perfezionamento tecnico su base specialistica per meglio esercitare la sua attività professionale. Contestava inoltre i conteggi ex adverso elaborati in specie con riguardo all'inclusione del TFR che nel pubblico impiego non è erogato dalla parte datoriale ma dall'ente previdenziale ed in ragione dell' inclusione di voci stipendiali non spettanti al neo dirigente medico assunto; elaborava quindi un conteggio alternativo e contestava altresì la domanda risarcitoria anche per l'assenza di danni in capo al ricorrente. Concludeva in via preliminare per sentir accertare la prescrizione quinquennale dei crediti e nel merito, per il rigetto del ricorso con il favore delle spese di lite. A sua volta si costituiva l'Inps che eccepiva la carenza di giurisdizione in quanto sussisteva la giurisdizione del TAR per il rapporto di lavoro da stipularsi con la pubblica amministrazione e la giurisdizione quella della Corte dei Conti con riferimento alle domande relative al danno da omessa contribuzione; nel merito deduceva l'infondatezza del ricorso concludendo per sentire dichiarare il difetto di giurisdizione e nel merito il rigetto del ricorso.

All'udienza del 29.3.2018 la causa, espletato il libero interrogatorio delle parti presenti ed istruita documentalmente e attraverso la prova testimoniale, era discussa e decisa, anche all'esito del deposito di note autorizzate, come da dispositivo in epigrafe riportato.

MOTIVI IN DIRITTO

Va preliminarmente respinta l'eccezione di carenza di giurisdizione sollevata dall'Inps.

Ritiene il giudicante di fare applicazione al caso di specie di quanto statuito dalla Suprema Corte in ipotesi di rapporto di fatto, svincolato cioè da un atto formale di nomina.

In particolare la Suprema Corte seppure con riguardo alla disciplina transitoria, ha affermato che: *Ai fini dell'applicazione della disciplina transitoria relativa alla devoluzione del contenzioso del pubblico impiego contrattualizzato al giudice ordinario, con riferimento alle controversie "relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro successivo al 30 giugno 1998", ciò che rileva è il dato storico costituito dall'avverarsi dei fatti materiali e delle circostanze poste a base della pretesa avanzata. Ne consegue che, nel caso di domanda retributiva relativa a rapporto di fatto alle dipendenze della P.A., con riguardo a periodi precedenti e successivi alla suddetta data, opera il criterio del frazionamento della giurisdizione, restando escluso che l'inadempimento datoriale possa costituire un illecito permanente (con conseguente rilevanza dell'epoca della sua cessazione), non essendo unitario il fatto costitutivo dei diritti vantati, ma traendo gli stessi fondamento in ciascun periodo del rapporto nel quale sono maturati."* (cfr. cass. SSUU n. 10819 del 29.4.2008).



Poiché nel cso di specie la prospettazione della domanda, su cui va valutata la giurisdizione, è l'espletamento di un rapporto di lavoro di fatto per fini istituzionali dell'ente, svoltosi interamente dopo il 30.6.1998, ritiene il giudicante sussistere la giurisdizione del giudice ordinario.

Ciò posto, nel merito, il ricorso è solo in parte fondato e va accolto, per quanto di ragione.

Il ricorrente ha frequentato per un primo periodo l'ospedale quale medico specializzando e poi dal 30.11.2005, su sua richiesta, egli è stato autorizzato alla frequenza volontaria presso la UOSD Colonproctologia con cadenza pressoché annuale, l'ultima autorizzazione, per il periodo da maggio 2014 per 12 mesi, ai sensi del R.D. n. 1631/1938. (all.ti da 2 a 11 parte ricorrente).

Ai sensi dell'art. 78 del R.D. n.1631 del 1938 Art. 78. *“Le amministrazioni ospedaliere, sentito il direttore sanitario, possono ammettere, in numero limitato, i laureati in medicina e chirurgia a frequentare le divisioni di cura e gli Istituti di indagine, alle dipendenze e sotto la vigilanza e responsabilità dei rispettivi primari, nonché i laureati in farmacia a frequentare la farmacia dell'ospedale. All'occorrenza ed in casi di assoluta dimostrata necessità, ai medici frequentatori possono essere affidati servizi di supplenza, qualora non sia possibile affidarli ad assistenti effettivi scaduti. Possono essere ammessi a frequentare le divisioni e gli istituti sopradetti anche gli studenti in medicina; così pure nella farmacia dell'ospedale possono essere ammessi gli studenti....”*

A sua volta il regolamento del 2006 dell'azienda ospedaliera dispone, in modo più restrittivo rispetto alla legge stessa, che la presenza del medico frequentatore non può essere autorizzata per un periodo superiore ai 12 mesi salvo casi eccezionali e motivati dal direttore della U.O. di appartenenza; che la presenza non può superare le 24 ore settimanali e le sei presenze settimanali ..(doc. 14 parte resistente). Il successivo regolamento adottato con delibera n. 1424 del 10.12.2013, così come il primo regolamento, specifica che la frequenza è consentita al solo scopo didattico-formativo; che è assolutamente vietato l'utilizzazione dei frequentatori in sostituzione anche parziale del personale dell'azienda nelle funzioni e nei comportamenti che gli sono propri.

Inoltre al punto 7 del regolamento è previsto che tale figura non ha autonomia decisionale e non può assumere alcuna responsabilità; non può sottoscrivere o firmare alcuna documentazione clinica, ivi comprese le richieste di esami, indagini diagnostiche, o prescrizioni farmaci..Nei reparti di chirurgia previa autorizzazione del Direttore della U.O. ospitante, “il frequentatore può assistere ad interventi chirurgici solo in qualità di osservatore.

Si procede analogamente in ogni altra attività, di tipo invasivo e non, e in tutti i casi assimilabili indifferentemente dal fatto che riguardino attività di tipo chirurgico, clinico, diagnostico, terapeutico, riabilitativo.” (cfr. all.to 14 di parte resistente).



Orbene se la figura suddetta è così individuata dalla normativa anche interna dell'azienda ospedaliera, l'istruttoria svolta ha confermato che il ricorrente ha svolto un'attività medico ospedaliera secondo modalità che sono andate ben oltre i confini del medico frequentatore.

E' infatti emerso non solo che egli era una presenza quotidiana e comunque costante nel reparto di colonproctologia dell'ospedale, ma che, lungi dal limitarsi ad assistere alle singole attività, eseguiva sia attività ambulatoriale, sia interventi chirurgici; in specie gli interventi chirurgici erano da lui eseguiti sempre insieme ad altro medico più spesso come aiuto ma anche come primo operatore (cfr. deposizione della dott.ssa e all.to 19 del ricorrente), quindi "in grado di provvedere autonomamente alla gestione dell'Ambulatorio proctologico e della sala operatoria"; egli si occupava di eseguire interventi chirurgici "di media e piccola chirurgia" quali emorroidi, o piccole fistole o ragadi, mentre quelli più complessi erano posti in essere dal primario dr. (cfr. teste).

Risulta inoltre che egli era inserito nei turni della sala operatoria e che era in possesso dell'ID per l'accesso al diario della sala operatoria redigendo le relazioni post operatorie (cfr. deposizione del teste dr.).

L'istruttoria ha confermato che egli era presente con continuità dal lunedì al venerdì e che il suo orario di lavoro iniziava come gli altri la mattina ma che tuttavia, presentava una certa variabilità in uscita. Ed infatti riferisce il primario dr. che sino alle 12 entrambi lavoravano insieme, ma che l'orario di uscita del poteva essere ricompreso tra le 12 e le 14.

Egli inoltre, a differenza dei medici "strutturati" non aveva obbligo di recuperare il c.d. debito di orario nel caso in cui decidesse di andare via prima dall'ospedale e comunque quando lui andava via via prima dall'ospedale, (cfr. teste). Sicuramente non era tenuto a richiedere permessi per potersi assentare limitandosi, in tali casi ad avvisare e non era tenuto ad alcuna timbratura. "Non vi erano forme di controllo sulla presenza del dr. tipo fogli presenza". "Se voleva un giorno di ferie bastava che me lo comunicava cioè mi diceva che in quel giorno non sarebbe venuto".

Come visto non subiva alcun controllo sull'eventuale rispetto dell'orario di lavoro (cfr. teste). Non aveva alcuna reperibilità nelle giornate del sabato e della domenica, diversamente da quanto da lui dedotto in ricorso, anche perché non era prevista dalla natura dell'attività svolta nel reparto, solitamente programmabile, ad eccezione di ipotesi di urgenza, descritte dal teste come eccezionali; lavorava tuttavia secondo le direttive ricevute in modo costante sia dal primario che dalla direzione sanitaria ed il rapporto con il primario era quotidiano, sia in ambulatorio che in sala operatoria. Rispetto alla dottoressa lui eseguiva le operazioni chirurgiche mai da solo ma sempre in presenza di altro medico; inoltre predisponava le cartelle cliniche che poi venivano sottoposte al primario prima dell'uscita del paziente, mentre per l'attività ambulatoriale la stessa era del tutto uguale a quella svolta dai medici "strutturati".

Tali attività e le modalità di lavoro descritte sono state confermate dal teste sostanzialmente per tutto il periodo dedotto in ricorso cioè da novembre del 2005.



Egli inoltre somministrava anche le terapie ai pazienti (cfr. teste capo sala, la quale riferisce limitatamente al periodo sino al 2011.)

Orbene ritiene il giudicante che la presenza costante del ricorrente nella struttura ospedaliera e le modalità di espletamento dell'attività come ricostruita dalla descritta istruttoria, se consentono di ritenere che egli non si sia limitato a svolgere l'attività di medico frequentatore, non consentono neanche di considerare la sussistenza del lavoro subordinato. Se è vero infatti che egli era inserito in maniera pressoché costante nell'attività della sala operatoria, la riferita variabilità dell'orario di presenza del ricorrente nella struttura, in specie in uscita, la mancanza di controllo sull'orario di lavoro e in special modo la assenza del riferito "debito di orario" molto efficacemente descritto dalla teste unitamente alla circostanza della mancanza di ogni necessaria autorizzazione per eventuali assenze volontarie, inducono senz'altro ad escludere la natura subordinata del rapporto di lavoro e ciò al di là della limitazione qualitativa della tipologia degli interventi chirurgici espletati rispetto ai medici "strutturati". Manca inoltre la prova che egli lavorasse in modo esclusivo per l'azienda ospedaliera: come riferisce il teste egli una volta uscito dall'ospedale, faceva delle visite sia chirurgiche che proctologiche.

Le modalità della prestazione lavorativa appaiono per contro del tutto compatibili con la collaborazione coordinata e continuativa, forma peraltro prevista nel rapporto di lavoro pubblico privatizzato, rispetto al quale tuttavia non può essere invocato l'art. 2126 c.c, sia in quanto la norma presuppone la sussistenza di un atto che deve essere dichiarato nullo, sia perché in special modo esso presuppone la sussistenza del lavoro subordinato, qui negato.

Appare per contro invocabile il diritto all'indennizzo di cui all'art. 2041 c.c. essendo innegabile che l'azienda ospedaliera si sia avvalsa della prestazione del ricorrente in termini che hanno come visto travalicato la veste formale della presenza di medico volontario, pur se su richiesta del suddetto ed autorizzata di volta in volta dalla parte convenuta, andando egli con la sua opera a collaborare sebbene con le descritte modalità, nell'ordinario andamento dell'attività del reparto.

Per la determinazione della misura dell'indennizzo appare congruo il parametro offerto nel conteggio elaborato dalla parte ricorrente sebbene limitatamente al minimo tabellare delle retribuzioni dovute per la figura del medico dirigente, sul punto (quanto al parametro relativo alla invocata figura professionale) non oggetto di alcuna contestazione da parte della convenuta; per contro il conteggio elaborato dalla parte convenuta in forma sintetica non appare accoglibile.

Vanno inoltre dichiarati prescritti i crediti che precedono il quinquennio anteriore alla data di notifica del ricorso, ai sensi dell'art. 2948 n. 4 c.c., posto che la norma non fa riferimento al solo lavoro subordinato, e quindi quelli precedenti il 27.1.2011 attesa la data di notifica del ricorso risalente al 26.1.2016 come indicato da parte convenuta e prodotto in atti.

Da tanto consegue la condanna della parte convenuta azienda ospedaliera al pagamento della somma di euro 93284,89 oltre interessi al tasso legale sull'importo via via rivalutato dalla maturazione al soddisfo.



Nel rigetto della domanda di accertamento della natura subordinata del rapporto di lavoro con l'azienda ospedaliera resta assorbita l'eccezione di carenza di giurisdizione sollevata dall'Inps in quanto dovrebbe sussistere la giurisdizione esclusiva della Corte dei Conti, sia le eccezioni di prescrizione quinquennale ai sensi della legge n. 335\1995 per la contribuzione omessa, sia quella decennale per la costituzione della rendita vitalizia ai sensi dell'art. 13 legge n. 1338\1962 stante la non configurabilità di un danno da omessa contribuzione e/o di un danno futuro, e l'assenza del diritto alla costituzione della rendita vitalizia.

Atteso l'esito di solo parziale accoglimento del ricorso, sussistono gravi ragioni per dichiarare compensate tra le parti le spese di lite limitatamente ai $\frac{3}{4}$ ponendo a carico di entrambe le parti -compreso l'Inps che ha resistito alla domanda anche nel merito- in solido il restante $\frac{1}{4}$ e le stesse si liquidano come nel dispositivo in epigrafe.

P.Q.M.
(come in epigrafe)

Roma, il 29.3.2018

Il Giudice Designato
Dott.ssa Eliana Pacia



